A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2011

Volumen II
Primera parte

Documentos del sexagésimo tercer período de sesiones

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2011

Volumen II
Primera parte

Documentos del sexagésimo tercer período de sesiones

Naciones Unidas
Nueva York y Ginebra, 2016

ADVERTENCIA

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario*…, seguido del año de que se trate (por ejemplo *Anuario… 2010*).

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 63.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/2011/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.16.V.2
ISBN: 978-92-1-333459-1
e-ISBN: 978-92-1-057708-3

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

Página

Abreviaturas y siglas iv

Nota referida a las citas v

Las reservas a los tratados (tema 2 del programa)

Documento A/CN.4/647 y Add.1. Decimoséptimo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial 1

Documento A/CN.4/639 y Add.1. Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos 31

Responsabilidad de las organizaciones internacionales (tema 3 del programa)

Documento A/CN.4/640. Octavo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial 85

Documento A/CN.4/636 y Add. 1 y 2. Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos 109

Documento A/CN.4/637 y Add.1. Comentarios y observaciones recibidos de organizaciones internacionales 141

Efectos de los conflictos armados en los tratados (tema 4 del programa)

Documento A/CN.4/644. Nota sobre la recomendación que deberá presentarse a la Asamblea General respecto del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial 183

Documento A/CN.4/645. Nota relativa al proyecto de artículo 5 y al anexo del proyecto de artículos, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial 187

Expulsión de extranjeros (tema 5 del programa)

Documento A/CN.4/642. Séptimo informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial 191

La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) (tema 6 del programa)

Documento A/CN.4/648. Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial 201

Protección de las personas en casos de desastre (tema 7 del programa)

Documento A/CN.4/643. Cuarto informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial 217

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (tema 8 del programa)

Documento A/CN.4/646. Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial 237

Vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del Estatuto) (tema 14 del programa)

Documento A/CN.4/635 y Add.2. Nota de la Secretaría 259

Cláusulas de solución de controversias (tema 15 del programa)

Documento A/CN.4/641. Documento de trabajo preparado por el Sr. Michael Wood 261

Lista de documentos del 63.º período de sesiones 267

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
ASEAN	Asociación de Naciones de Asia Sudoriental
BASD	Banco Asiático de Desarrollo
BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Comunidad Europea
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FICR	Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja
FIDA	Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola
FMI	Fondo Monetario International
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OCAH	Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIPC-INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMI	Organización Marítima Internacional
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud
OMT	Organización Mundial del Turismo
ONG	organización no gubernamental
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
OTPCE	Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares
OUA	Organización de la Unidad Africana
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
TIDM	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
UA	Unión Africana
UE	Unión Europea
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
UPU	Unión Postal Universal

*

* *

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

AFDI	*Annuaire français de droit international* (París)
AJIL	*American Journal of International Law* (Washington D. C.)
BYBIL	*The British Year Book of International Law* (Londres)
ILM	*International Legal Materials* (Washington D. C.)
ILR	*International Legal Reports* (Cambridge)
RGDIP	*Revue générale de droit international public* (París)
RSA	Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*

*

* *

En el presente volumen, por «Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia» debe entenderse el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991.

*

* *

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

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

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

*

* *

La dirección en Internet de la Comisión de Derecho Internacional es **http://legal.un.org/ilc/**

LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/647 y Add.1

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

[Original: francés]
[26 de mayo y 6 de junio de 2011]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		1
Obras citadas en el presente informe		3
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1	4
Capítulo		
I. EL DIÁLOGO SOBRE LAS RESERVAS	2-68	4
A. La práctica del diálogo sobre las reservas	4-53	4
1. Las formas del diálogo sobre las reservas bajo el régimen de la unanimidad	4-7	4
2. El diálogo sobre las reservas por mediación del régimen de Viena y en su marco	8-27	5
3. El diálogo sobre las reservas al margen del sistema de Viena	28-53	10
a) Reacciones de los Estados y organizaciones contratantes distintas de las objeciones y las aceptaciones	30-38	11
b) El diálogo sobre las reservas con los órganos de vigilancia y en el seno de las organizaciones internacionales	39-53	13
B. ¿Existe un marco jurídico para el diálogo sobre las reservas?	54-68	17
II. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE RESERVAS	69-101	20
A. Los antecedentes del problema	71-82	20
1. Los inconvenientes de un mecanismo rígido respecto a la solución obligatoria de controversias	72-77	20
2. Ventajas de un mecanismo flexible de asistencia para la solución de controversias en materia de reservas	78-82	22
B. Mecanismo propuesto	83-101	23
1. El precedente establecido en el seno del Consejo de Europa	84-94	23
2. Mecanismo de asistencia en materia de reservas y objeciones a las reservas	95-101	25
III. GUÍA DE LA PRÁCTICA. MODO DE UTILIZACIÓN	102-105	26

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de junio de 1919)	Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, n.º 1, febrero de 1920, pág. 3.
Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (Río de Janeiro, 2 de septiembre de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 21, n.º 324, pág. 77.
Carta de la Organización de los Estados Americanos (Bogotá, 30 de abril de 1948)	Ibíd., vol. 119, n.º 1609, pág. 3.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado* n.º 243, 10 de octubre de 1979, pág. 23564.

	Fuente
Protocolo n.º 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2465, n.º 2889, pág. 203.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 137.
Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (n.º 102) (Ginebra, 4 de junio de 1952)	OIT, *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, Ginebra, OIT, 1985, pág. 867.
Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (Nueva York, 31 de marzo de 1953)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 193, n.º 2613, pág. 149.
Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 115.
Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 516, n.º 7477, pág. 330.
Convención sobre 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. 392.
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.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Acuerdo sobre el transporte internacional de productos alimentarios perecederos y sobre la utilización de equipo especial para su transporte (ATP) (con anexos) (Ginebra, 1 de septiembre de 1970)	Ibíd., vol. 1028, n.º 15121, pág. 121. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado* n.º 280, 22 de enero de 1976, pág. 23192.
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. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 199, 20 de agosto de 1982.
Carta de la Conferencia Islámica (Yedda, 4 de marzo de 1972)	Ibíd., vol. 914, n.º 13039, pág. 103.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Ibíd., vol. 1946, n.º 33356, pág. 125.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1249, n.º 20378, pág. 70.
Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (con protocolos) (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	Ibíd., vol. 1342, n.º 22495, pág. 196.
Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	Ibíd., pág. 205.
Convenio sobre traslado de personas condenadas (Estrasburgo, 21 de marzo de 1983)	Ibíd., vol. 1496, n.º 25703, pág. 91. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 138, 10 de junio de 1985, pág. 17478.
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 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1582, n.º 27627, pág. 303.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 102.
Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Nueva York, 25 de mayo de 2000)	Ibíd., vol. 2173, n.º A-27531, pág. 222.
Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (Nueva York, 25 de mayo de 2000)	Ibíd., vol. 2171, n.º 27531, pág. 227.

	Fuente
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 *Repertorio Cronológico de Legislación 1997*, Pamplona, Aranzadi, marginal 1562.
Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (Nueva York, 4 de agosto de 1995)	Ibíd., vol. 2167, n.º 37924, pág. 3.
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.
Pacto de preadhesión para luchar contra la delincuencia organizada entre los Estados miembros de la Unión Europea y los países candidatos de Europa Central y Oriental (Bruselas, 28 de mayo de 1998)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 220, 15 de julio de 1998, pág. 1.
Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Aarhus, 25 de junio de 1998)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2161, n.º 37770, pág. 447.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.
Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (Rotterdam, 10 de septiembre de 1998)	Ibíd., vol. 2244, n.º 39973, pág. 480.
Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999)	Ibíd., vol. 2178, n.º 38349, pág. 197.
Acta Constitutiva de la Unión Africana (Lomé, 11 de julio de 2000)	Ibíd., vol. 2158, n.º 37733, pág. 3.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Ibíd., vol. 2349, n.º 42146, pág. 41.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III) (Ginebra, 8 de diciembre de 2005)	Ibíd., vol. 2404, n.º I-43425, pág. 261
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)	Ibíd., vol. 2515, n.º 44910, pág. 3.
Carta de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (Singapur, 20 de noviembre de 2007)	Ibíd., vol. 2624, n.º 46745, pág. 223.
Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 30 de mayo de 2008)	Ibíd., vol. 2688, n.º 47713, pág. 39.

Obras citadas en el presente informe

Cede, Franz

«European Responses to Questionable Reservations», en Wofgang Benedek, Hubert Isak y Renate Kicker (eds.), *Development and Developing International and European Law. Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th Birthday*, Francfort, Lang, 1999.

Dupuy, René-Jean

«Codification et règlement des différends. Les débats de Vienne sur les procédures de règlement», *Annuaire français de droit international*, vol. 15 (1969), págs. 70 a 91.

Greig, D. W.

«Reservations: equity as a balancing factor?», *Australian Year Book of International Law*, vol. 16 (1995), págs. 21 a 172.

Hayashi, Moritaka

«The Dispute Settlement Clause of the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 19, n.º 2 (primer trimestre de 1987), págs. 327 a 356.

Lammers, Johan G.

«The Role of the Legal Adviser of the Ministry of Foreign Affairs. The Dutch Approach and Experience», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 18 (primer trimestre de 2009), n.º 1, págs. 177 a 205.

Mendelson, Maurice H.

«Reservations to the constitutions of international organizations», BYBIL 1971, págs. 137 a 171.

Pellet, Alain y Daniel Müller

«Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil...», en Ulrich Fastenrath y otros (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 521 a 551.

Rosenne, Shabtai

«The Settlement of Treaty Disputes under the Vienna Convention», *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), págs. 1 a 62.

Ruiz Fabri, Hélène

«Article 66», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruselas, Bruylant, 2006, págs. 2391 a 2441.

Spiliopoulou Åkermark, Sia

«Reservations: breaking new ground in the Council of Europe», *European Law Review* (Londres), vol. 24 (1999), págs. 499 a 515.

«Reservations Issues in the Mixed Agreements of the European Community», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. X (1999), págs. 351 a 387.

Tyagi, Yogesh

«The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Rights Treaties», BYBIL, vol. 71 (2000), págs. 181 a 258.

Wiebringhaus, Hans

«L'interprétation uniforme des Conventions du Conseil de l'Europe», *Annuaire français de droit international*, vol. 12 (1966), págs. 455 a 469.

Introducción*

1. El presente informe consta de tres capítulos. El primero está dedicado al diálogo sobre las reservas y se cierra con un proyecto de anexo de la Guía de la Práctica que podría adoptar la forma de unas «conclusiones» o una recomendación de la Comisión de Derecho Internacional acerca de este importante tema. El segundo se refiere a la solución de controversias y esboza las orientaciones generales de un mecanismo consultivo destinado a ayudar a los Estados a solucionar las diferencias de apreciación que puedan surgir entre ellos en materia de reservas; si la Comisión aprobara esta idea, las grandes líneas de este mecanismo podrían presentarse a la Asamblea General como un segundo anexo de la Guía. Por último, el tercer capítulo pretende aclarar ciertos extremos relativos al objeto y el alcance jurídico de la Guía de la Práctica y podría plasmarse en la aprobación de una nota explicativa que se ubicaría al final de la Guía o preferentemente al principio de esta.

Capítulo I

El diálogo sobre las reservas

2. El régimen de las reservas establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (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 (Convención de Viena de 1986) no impone a los Estados contratantes ni a las organizaciones contratantes soluciones estáticas, sino que deja espacio para que se entable un diálogo entre los protagonistas, es decir, entre el autor de la reserva, por un lado, y los demás Estados contratantes u organizaciones contratantes y los órganos de control eventualmente instituidos por el tratado, por otro. La posibilidad de este «diálogo sobre las reservas» se ve confirmada en los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969 y encuentra su traducción concreta en la práctica convencional de los Estados (véase el capítulo II, secc. A, *infra*).

3. No obstante, en ningún caso las disposiciones de las Convenciones de Viena tratan abiertamente la cuestión del diálogo sobre las reservas, aunque tampoco lo prohíban y, *a fortiori*, no establecen ningún marco jurídico al respecto. Es por ello por lo que el presente informe incluye algunas reflexiones que podrían culminar en la aprobación de sugerencias normativas flexibles que permitan orientar la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales en la materia (véase el capítulo II, secc. B, *infra*).

A. La práctica del diálogo sobre las reservas

1. Las formas del diálogo sobre las reservas bajo el régimen de la unanimidad

4. Se podría pensar que el régimen tradicional de la aceptación unánime de las reservas por todos los Estados contratantes apenas dejaba espacio para que se entablara un diálogo con el autor de la reserva. No es así, ya que correspondía a este convencer a los demás Estados contratantes de que la reserva se adecuaba al espíritu del tratado y de que la aceptaran. No obstante, el diálogo entre los protagonistas se limitaba al establecimiento de la reserva o a su rechazo definitivo. Si un Estado no estaba convencido, podía bloquear la entrada en vigor del tratado para el autor de la reserva.

5. Por otro lado, en la práctica este diálogo «preliminar» se encuentra presente en el marco del régimen de Viena y, en particular, en los casos en los que es necesaria la aceptación unánime o colectiva de los Estados contratantes o las organizaciones internacionales contratantes para el establecimiento de la reserva (art. 20, párrs. 2 y 3, de las Convenciones de Viena)[1]. Cuando un Estado pretende formular una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional, se produce necesariamente cierto diálogo en el marco del órgano competente con carácter previo a la aceptación o al rechazo de la reserva[2]. La existencia de este diálogo, en ocasiones muy vivo y polémico, pudo constatarse particularmente en el caso de la reserva que la India quiso formular en su adhesión a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (actualmente, la OMI)[3]. Lo cierto es que el problema planteado por la reserva formulada por la India afectaba más al procedimiento que se debía seguir que al propio contenido de la reserva; no obstante, es interesante destacar que pudo solucionarse gracias a las garantías ofrecidas por la

* El Relator Especial desea expresar su profundo agradecimiento a Daniel Müller, investigador del Centro de Derecho Internacional de Nanterre, por la valiosa ayuda que ha prestado en la redacción del presente informe, y en particular de la sección relativa al diálogo sobre las reservas. Su agradecimiento también va dirigido a Céline Folsché y a Pablo Sandonato de León, quienes han recopilado los elementos necesarios para la redacción de una introducción comparable a la de los anteriores informes, que desafortunadamente no se ha podido utilizar para no alargar en exceso este decimoséptimo y último informe. Asimismo, el Relator Especial quisiera expresar su profundo agradecimiento a Alina Miron, doctoranda de la Universidad París-Oeste, Nanterre-La Défense, investigadora del Centro de Derecho Internacional de Nanterre, y a María Alejandra Etchegorry, estudiante de la maestría en Derecho de la Universidad de Nueva York.

[1] Véanse en particular las directrices 4.1.2 (Establecimiento de una reserva a un tratado que tiene que ser aplicado en su integridad) y 4.1.3 (Establecimiento de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional), *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 105. El texto del conjunto completo de directrices aprobado provisionalmente por la Comisión se reproduce en el párrafo 105 del informe de la Comisión, en el que también se hace referencia, en las notas de pie de página, a las secciones pertinentes de los informes de la Comisión donde se reproduce el texto de los comentarios a las distintas directrices que constituyen la Guía de la Práctica.

[2] Véase, por ejemplo, el caso de la reserva formulada por Suiza al Pacto de la Sociedad de las Naciones, que fue aceptada por el Consejo, mientras que reservas comparables formuladas por Liechtenstein y Alemania no fueron aceptadas y tuvieron que ser retiradas (Mendelson, «Reservations to the constitutions of international organizations», págs. 140 y 141). Véase también el intento de la Argentina de justificar la reserva formulada en su instrumento de adhesión al OIEA (ibíd., pág. 160).

[3] Ibíd., págs. 163 a 165.

India en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en virtud de las cuales no se trataba en realidad de una reserva, sino de una simple declaración de intenciones[4]. Con posterioridad a esta declaración y refiriéndose expresamente a ella, el Consejo de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, por medio de una resolución aprobada el 1 de marzo de 1960, consideró a la India miembro de la Organización[5].

6. En la actualidad, ese diálogo preliminar sigue siendo habitual y da sus frutos, en particular en el marco de las organizaciones regionales. La introducción de un régimen más flexible en materia de reservas, que permite la fragmentación del tratado en multitud de relaciones convencionales diferentes, ha hecho necesario este diálogo entre los Estados contratantes y el autor de la reserva, que se ha instaurado de forma especialmente notable en el marco de la Unión Panamericana. En su Resolución XXIX, relativa a los «Métodos de preparación de los tratados multilaterales», la Octava Conferencia Internacional Americana (1938) resolvió lo siguiente:

> 2. En el caso de adhesión o ratificación con reservas, el Estado adherente o que ratifique enviará a la Unión Panamericana, con antelación al depósito del instrumento respectivo, el texto de la reserva que se proponga formular, para que la Unión Panamericana lo comunique a los Estados signatarios con el fin de averiguar si la aceptan o no. El Estado que se proponga adherir al Tratado o ratificarlo podrá o no hacerlo teniendo en cuenta las observaciones que formulen sobre sus reservas los Estados signatarios[6].

A modo de ejemplo, Guatemala precisó el alcance de las reservas que pretendía formular al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca[7] y a la Carta de la Organización de los Estados Americanos[8] tras constatar que muchos Estados no estaban dispuestos a aceptarlas.

7. Estas formas de diálogo también se aplican en otros foros, por ejemplo, en el Consejo de Europa[9].

2. El diálogo sobre las reservas por mediación del régimen de Viena y en su marco

8. En el marco del régimen de Viena, el diálogo entre el autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales que tengan derecho a ser partes en el tratado en cuestión se produce ante todo por medio de los dos tipos de reacción a las reservas contemplados en las Convenciones de Viena: la aceptación y la objeción[10]. En este sentido, el régimen de Viena se distingue claramente del régimen tradicional de la unanimidad, en el que cualquier objeción, por sí misma, pone fin al diálogo[11].

9. La objeción y, en menor medida, la aceptación no agotan necesariamente sus consecuencias al materializarse los efectos jurídicos que producen frente a una reserva válida y que se contemplan, de forma más o menos clara, en las Convenciones de Viena: ni una ni otra tienen por qué constituir el final de un proceso, pero sí pueden marcar el inicio de una cooperación entre los protagonistas. De forma cada vez más frecuente, el autor de una objeción no solo señala a la atención del Estado que ha formulado la reserva las razones por las que considera que esta, tal como se ha formulado, no es válida («*impermissible*»), sino que además sugiere a su autor que la reconsidere. Así, Finlandia presentó una objeción a la reserva formulada por Malasia en su adhesión a la Convención sobre los Derechos del Niño y resaltó que esta reserva debía

> entenderse dejando a salvo el principio general de interpretación de los tratados, en virtud del cual una parte en un tratado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, y menos todavía sus políticas nacionales, para justificar su negativa a aplicar ese tratado.

A continuación, Finlandia declaró lo siguiente:

> Tal como está actualmente formulada, la reserva es manifiestamente incompatible con el objeto y el fin de la Convención y, por tanto, es inadmisible en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 de su artículo 51. Por consiguiente, el Gobierno finlandés se opone a ella y declara que carece de efectos jurídicos.
>
> El Gobierno finlandés recomienda al Gobierno malasio que reconsidere su reserva [a esa Convención][12].

---

[4] En su resolución 1452 (XIV), de 7 de diciembre de 1959, la Asamblea General tomó nota de las manifestaciones hechas en nombre de la India el 19 de octubre de 1959 en la 614.ª sesión de la Sexta Comisión, en las que se explicaba que la declaración de la India era una declaración de intenciones y no constituía una reserva y expresó la esperanza de que, a la luz de las citadas manifestaciones de la India, pudiera llegarse en breve en el seno de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental a una solución apropiada que regularizara la situación de la India.

[5] *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 1er avril 2009* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.09.V.3) (ST/LEG/SER.E/26), cap. XII.1.

[6] Octava Conferencia Internacional Americana, *Acta Final*, Lima, 1938, pág. 49, reproducida en *Anuario… 1965*, vol. II, págs. 84 y 85, Práctica seguida por los depositarios en relación con las reservas, documento A/5687. Véanse también los comentarios de la OEA, ibíd., pág. 86.

[7] «En relación con esta reserva, al consultar la Unión Panamericana a los Estados signatarios si la encontraban aceptable o no, en cumplimiento del procedimiento establecido en el párrafo 2 de la Resolución XXIX de la Octava Conferencia Internacional Americana, celebrada en Lima en 1938, les comunicó, a solicitud del Gobierno de Guatemala, la declaración formal de este Gobierno de que tal reserva no pretende constituir alteración alguna al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y de que Guatemala está dispuesta a actuar siempre dentro de los límites de los acuerdos internacionales que haya aceptado. A la luz de esta declaración, los Estados que al principio no encontraron aceptable la reserva, expresaron su aceptación» (www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-29.html).

[8] «En relación con esta reserva, al consultar la Secretaría General a los Estados signatarios si la encontraban aceptable o no, en cumplimiento del procedimiento establecido en el párrafo 2 de la Resolución XXIX de la Octava Conferencia Internacional Americana, celebrada en Lima en 1938, les comunicó, a solicitud del Gobierno de Guatemala, la declaración formal de este Gobierno de que tal reserva no pretende constituir alteración alguna a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de que Guatemala está dispuesta a actuar siempre dentro de los límites de los acuerdos internacionales que haya aceptado. A la luz de esta declaración, los Estados que al principio no encontraron aceptable la reserva, expresaron su aceptación» (www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos_firmas.htm).

[9] Véase Spiliopoulou Åkermark, «Reservations: breaking new ground in the Council of Europe».

[10] Véanse en especial los comentarios de las directrices 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas), *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), págs. 82 a 88; 2.8 (Formas de aceptación de las reservas), *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 116, y 4.3 (Efectos de una objeción a una reserva válida), *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 2.

[11] Véase también el párrafo 4 *supra*. Véase asimismo Tyagi, «The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Rights Treaties», pág. 216.

[12] *Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. IV.11. Véase también la objeción idéntica formulada por Finlandia respecto de la reserva de Qatar en el momento de la ratificación (ibíd.); las objeciones presentadas por Dinamarca a las reservas formuladas por Mauritania y los

(Continuación en la página siguiente.)

Sin que pueda afirmarse que existió un vínculo al respecto, resulta interesante destacar que en 1999 Malasia comunicó al Secretario General su decisión de retirar parcialmente sus reservas[13].

10. En el sistema flexible, ni siquiera una objeción, ya sea de efecto mínimo, de efecto intermedio[14] o de efecto máximo[15], excluye el diálogo de cualquier tipo entre el autor de la reserva y el autor de la objeción. Al contrario, es necesario el diálogo entre las partes, aunque solo sea para determinar el contenido de su relación convencional conforme al artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena, cuya formulación «deja a uno sin saber a qué atenerse» y cuya aplicación en la práctica resulta difícil[16].

11. Por lo demás, la CIJ, en su opinión consultiva *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, de 1951, consideró, con respecto a las reservas de efecto mínimo, que el diálogo era inherente al sistema flexible y constituía el corolario del propio principio del consensualismo:

> Por último, es posible que un Estado, sin invocar que una reserva es incompatible con el objeto y el fin de la Convención, formule no obstante una objeción contra ella, pero que exista *un acuerdo entre dicho Estado y el Estado autor de la reserva** en virtud del cual la Convención entre en vigor entre ellos, con la excepción de las cláusulas afectadas por la reserva[17].

12. Por otro lado, la práctica pone de manifiesto que una objeción de efecto máximo tampoco tiene únicamente por objeto que no se admita la reserva en el marco del sistema flexible, sino que deja la puerta abierta a un diálogo entre los protagonistas. La respuesta de los Estados Unidos, calificada de objeción por el Secretario General de las Naciones Unidas, a las objeciones formuladas por Francia e Italia como reacción a su declaración en el momento de su adhesión al Acuerdo sobre el transporte internacional de productos alimentarios perecederos y sobre la utilización de equipo especial para su transporte (ATP) constituye un ejemplo particularmente ilustrativo al respecto. En efecto, estos dos países, considerando que solo los Estados europeos podían hacer una declaración como la presentada por los Estados Unidos, formularon objeciones de efecto máximo al declarar que «no [quedarían] [vinculados] por el ATP en sus relaciones con los Estados Unidos de América». Por su parte, los Estados Unidos consideraron

> que la redacción del artículo 10 del Acuerdo, tal como había sido confirmada por la historia de las negociaciones, era muy clara y que cualquier Estado parte en el Acuerdo podía hacer una declaración en virtud de dicho artículo. Los Estados Unidos estimaron, por tanto, que las objeciones de Italia y Francia y las declaraciones según las cuales ninguno de esos países se consideraría vinculado por el Acuerdo en sus relaciones con los Estados Unidos no estaban justificadas y eran lamentables. Los Estados Unidos se reservaban sus derechos en la materia y proponían que las partes se siguieran esforzando por resolver esta cuestión en un espíritu de cooperación[18].

Esta reacción de los Estados Unidos demuestra claramente que, a pesar de las objeciones de efecto máximo formuladas por Francia e Italia, el Estado autor de la reserva puede esforzarse por entablar un diálogo, actitud, por lo demás, muy deseable.

13. Este diálogo, enmarcado en las normas de Viena y, en realidad, favorecido por ellas mediante las reacciones (aceptaciones u objeciones) reguladas en las Convenciones de 1969 y 1986, no debe ocultar que al margen de tales normas se han desarrollado modalidades de diálogo sobre las reservas que, si bien se acomodan a la lógica de los artículos 19 a 23, no están contempladas en sus disposiciones.

14. Es este el caso, en especial, de algunas categorías de reacciones que se asemejan a las objeciones pero que no producen todos sus efectos. Se trata de las siguientes figuras:

— Las objeciones formuladas por Estados (u organizaciones) no contratantes: si bien se adecuan a la definición de objeciones a las reservas que se recoge en la directriz 2.6.1[19], no producen inmediatamente los efectos jurídicos contemplados en los artículos 20 y 21 de las Convenciones de Viena[20]. No obstante, en este sentido, «se habrá advertido así al Estado que formule la reserva que, en cuanto se cumplan los requisitos constitucionales o de otro tipo que hayan podido retrasar la ratificación [por parte del autor de la reserva], habrá de afrontar una objeción válida que debe surtir pleno efecto jurídico y, por consiguiente, le corresponderá examinar, a partir del momento en que se formule la objeción, si mantiene o retira la reserva»[21];

— Las objeciones condicionales[22] formuladas de forma anticipada y con fines preventivos frente a reservas

(Continuación de la nota 12.)

Emiratos Árabes Unidos (nota 21) a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como las objeciones (formuladas tardíamente) de ese mismo Estado a las reservas formuladas por Kuwait (nota 19) y el Líbano (nota 21) a esta Convención (ibíd., cap. IV.8); y la objeción «global» presentada por Dinamarca a las reservas formuladas por Djibouti, la República Islámica del Irán, el Pakistán y la República Árabe Siria, por un lado, y Botswana y Qatar, por otro, a la Convención sobre los Derechos del Niño (ibíd., cap. IV, 11, nota 25). Por el contrario, Dinamarca también sugirió a Brunei Darussalam, la Arabia Saudita y Malasia que se replantearan sus reservas a la Convención sobre los Derechos del Niño, sin que sus declaraciones pudieran considerarse verdaderas objeciones (ibíd.). En este sentido, véase también el párrafo 32 *infra*.

[13] Ibíd., cap. IV.11.

[14] Por su parte, la Comisión ha insistido en la necesidad de que exista cierto diálogo entre el autor de la reserva y el autor de una objeción de efecto intermedio en la directriz 4.3.6 (Efectos de una objeción en las disposiciones del tratado distintas de aquellas a que se refiere la reserva), *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte).

[15] Véase el párrafo 12 *infra*.

[16] Comentario de la directriz 4.3.5 (Efectos de una objeción en las relaciones convencionales), *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 23.

[17] *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 27; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 25. Véase asimismo la formulación del párrafo 3 del artículo 21 propuesta por Humphrey Waldock en 1965: «Cuando un Estado opusiere objeciones a la reserva de otro Estado, pero a pesar de ello los dos Estados se consideraren recíprocamente obligados por el tratado, la disposición a que se refiere la reserva no se aplicará en las relaciones entre esos dos Estados» (*Anuario… 1965*, vol. II, pág. 58).

[18] *Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. XI.B.22.

[19] *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), págs. 82 a 88.

[20] Véase el comentario de la directriz 2.6.5 (Autor [de una objeción]), *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párrs. 4 a 10.

[21] *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 29. Véase también ibíd., pág. 30, sección III de la parte dispositiva.

[22] En lo que respecta a la terminología aplicada por la Comisión para designar estas objeciones, véase el comentario de la directriz 2.6.14 (Objeciones condicionales), *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 7.

específicas, pero potenciales o futuras[23]: si bien en la directriz 2.6.14 se precisa que este tipo de objeción «no producirá los efectos jurídicos de una objeción»[24], no por ello deja de constituir una advertencia hecha por su autor de que no aceptará determinadas reservas y, por tanto, cumple la misma función de advertencia que una objeción formulada por un Estado o una organización no contratante[25];

— Las objeciones tardías formuladas tras la conclusión del plazo contemplado en la directriz 2.6.13[26]: estas objeciones también se adecuan a la definición que figura en la directriz 2.6.1[27] en el sentido de que se proponen «excluir o modificar los efectos jurídicos de la reserva, o excluir la aplicación del tratado en su conjunto»; sin embargo, debido a su carácter tardío, no están en condiciones de producir los efectos jurídicos de una objeción que se prevén en las Convenciones de Viena, al tiempo que conservan su objetivo principal de señalar al autor de la reserva el desacuerdo con esta del autor de la objeción[28].

15. En el mismo sentido, se pueden mencionar las objeciones formuladas a una reserva inválida, que en la práctica de los Estados son, con gran diferencia, las más numerosas. Así, en la directriz 4.5.3 [4.5.4] (Reacciones a una reserva inválida) se destaca que

> La nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o la aceptación por un Estado contratante o una organización contratante. No obstante, un Estado o una organización internacional que considere que la reserva es inválida debería, si lo estima apropiado, formular lo antes posible una objeción motivada al respecto[29].

La objeción a una reserva inválida no produce por sí misma ninguno de los efectos jurídicos contemplados en las Convenciones de Viena, que se limitan a tratar el caso de las reservas que cumplen los criterios de validez material y formal que en ellas se establecen. Según las Convenciones, en estos casos, las aceptaciones y las objeciones cumplen una función muy particular consistente en determinar la oponibilidad de la reserva. Por otro lado, las aceptaciones y las objeciones constituyen un elemento muy importante para determinar la validez de una reserva[30].

16. Todas estas objeciones —puesto que se trata de objeciones, aun cuando no puedan producir todos los efectos jurídicos que les atribuyen las Convenciones de Viena— señalan a la atención del autor de la reserva la invalidez de esta o, al menos, el desacuerdo del autor de la objeción con la reserva propuesta. En este sentido, constituyen elementos de un diálogo relativo a la validez o la oportunidad de la reserva. Incluso aunque en las Convenciones de Viena no se haya establecido ningún mecanismo que permita la apreciación de la validez de las reservas, es decir, la adecuación de estas a los criterios de validez material del artículo 19 y a las condiciones de validez formal, o justamente por esa razón, corresponde a cada Estado y a cada organización internacional, individualmente y por cuenta propia, apreciar la validez de las reservas[31].

17. Un excelente ejemplo es el de las objeciones formuladas frecuentemente por algunos Estados debido al carácter general o a la falta de precisiones de una reserva determinada, en las que se indica que esas objeciones se formulan por la ausencia de aclaraciones más amplias sobre el alcance de la reserva en cuestión. Así, Suecia formuló la siguiente objeción con respecto a una declaración presentada por Turquía relativa al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

> El Gobierno sueco ha examinado las declaraciones y la reserva formuladas por la República de Turquía al ratificar el Pacto [...].
>
> La República de Turquía declara que únicamente aplicará las disposiciones de este Pacto con respecto a los Estados con los que mantenga relaciones diplomáticas. El Gobierno sueco considera que esta declaración equivale de hecho a una reserva. Al formular esta reserva, la República de Turquía no ha indicado claramente en qué medida se considera vinculada por las obligaciones derivadas del Pacto. Por tanto, en ausencia de aclaraciones más amplias, esta reserva induce a dudar de la voluntad de la República de Turquía de respetar el objeto y el fin del Pacto.
>
> El Gobierno sueco observa que la interpretación y la aplicación de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo 13 del Pacto están sujetas a determinadas disposiciones de la Constitución de la República de Turquía cuyo contenido no se precisa. Asimismo, considera que en ausencia de aclaraciones más amplias, esta reserva, en la que la República de Turquía no ha precisado en qué medida excluye la aplicación de las disposiciones en cuestión, induce a dudar seriamente de su voluntad de respetar el objeto y el fin del Pacto.
>
> De conformidad con el derecho consuetudinario vigente, tal y como ha sido codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no están permitidas las reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado. Redunda en interés de todos los Estados que el objeto y el fin de los tratados en que han decidido ser partes sean respetados por ellos y que los Estados estén dispuestos a modificar su legislación de forma que cumplan las obligaciones derivadas de esos tratados.
>
> Por consiguiente, el Gobierno sueco objeta las mencionadas reservas de la República de Turquía relativas al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
>
> Esta objeción no constituirá un obstáculo a la entrada en vigor del Pacto entre la República de Turquía y Suecia. El Pacto entrará en vigor en su integridad entre los dos Estados, sin que la República de Turquía pueda invocar las reservas que ha formulado[32].

---

[23] Para una idea general de la práctica de los Estados en relación con las objeciones condicionales, véase ibíd., pág. 106, párrs. 2 a 5.

[24] Véase ibíd., pág. 105.

[25] Véase ibíd.

[26] Véase la directriz 2.6.15 (Objeciones tardías) y su comentario, ibíd., pág. 103.

[27] Véase la nota 19 *supra*.

[28] Véase también el comentario de la directriz 2.6.15 (Objeciones tardías), ibíd., pág. 107, párr. 3.

[29] Para el texto de la directriz y su comentario, véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 106.

[30] Véase ibíd., párrs. 10 y 11 del comentario. Véase también Tyagi, *loc. cit.*, pág. 216.

[31] *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 24.

[32] *Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. IV.3. Para otros ejemplos, véanse las objeciones de Suecia a las declaraciones de Turquía relativas a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ibíd., cap. IV.2), a la declaración de Bangladesh relativa al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ibíd., cap. IV.3), a la reserva formulada por Botswana y a la formulada por Turquía al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ibíd., cap. IV.4), a la declaración de Bangladesh relativa a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (ibíd., cap. IV.9), a la declaración de San Marino relativa a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (ibíd., cap. VI.19), a la declaración de Bangladesh relativa a la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (ibíd., cap. XVI.1), a las reservas formuladas por Turquía e Israel al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (ibíd., cap. XVIII.9) y a la declaración de Israel relativa al Convenio

(Continuación en la página siguiente.)

En un contexto similar, Dinamarca expresó sus dudas en relación con la interpretación de la reserva formulada por los Estados Unidos al manifestar su consentimiento en obligarse por el Protocolo III de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Por consiguiente, Dinamarca formuló una objeción al mismo tiempo que proponía expresamente entablar un diálogo:

> El Reino de Dinamarca toma nota de la reserva formulada por los Estados Unidos de América al manifestar su consentimiento en obligarse por el Protocolo III, reserva que, en su formulación completa y general, parece contraria al objeto y al fin del Protocolo. Por tanto, sobre esta base, el Reino de Dinamarca formula una objeción a esa reserva.
>
> Los Estados Unidos alegan que la reserva se refiere a circunstancias muy particulares en las que la utilización de armas incendiarias sea un medio necesario y proporcionado para, en el marco de la lucha contra la proliferación, destruir objetivos, como fábricas de armas químicas, que exigen una temperatura elevada para eliminar las biotoxinas, y en las que se pueda proteger mejor a la población civil que recurriendo a otro tipo de armas.
>
> El Reino de Dinamarca acoge favorablemente la limitación del alcance de la reserva, así como las consideraciones de carácter humanitario que subyacen a la reserva formulada por los Estados Unidos de América y se declara dispuesto a entablar un diálogo que permita subsanar todas las diferencias que puedan surgir en materia de interpretación[33].

Si bien se trata de objeciones formuladas en buena y debida forma, estas reacciones claramente trasladan el problema al autor de la reserva con el fin de que este la modifique o aclare de forma que se adecue a las exigencias que el autor de la objeción atribuye al derecho de los tratados.

18. Está claro que no en todos los casos se entabla necesariamente un diálogo[34] y a menudo el autor de la reserva se limita a guardar silencio. No obstante, la práctica de los Estados pone de manifiesto que el establecimiento de un diálogo sobre las reservas cuando los Estados u organizaciones internacionales consideran que una reserva no es válida dista de ser una labor en vano y que el autor de la reserva con frecuencia tiene en cuenta las advertencias de otros Estados u organizaciones contratantes.

19. Así, al ratificar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Chile formuló una reserva a su artículo 2, párr. 3. Australia, Austria, Bulgaria, el Canadá, Checoslovaquia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía formularon objeciones a la reserva de Chile y todas esas objeciones[35] estuvieron motivadas por la invalidez («*impermissibility*») de la reserva con respecto al fin de la Convención[36]. El 7 de septiembre de 1990, menos de dos años después de la ratificación acompañada de la reserva litigiosa, Chile notificó al depositario su decisión de retirar esa reserva. Si bien las numerosas objeciones de las que fue objeto la reserva no fueron evidentemente la única motivación de su retiro[37], sin duda llamaron la atención del Estado autor de la reserva sobre su invalidez («*impermissibility*») y, en este sentido, desempeñaron un papel nada desdeñable en el diálogo sobre las reservas y el restablecimiento de la integridad de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

20. Por su parte, la declaración interpretativa formulada por el Uruguay en su adhesión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[38] recibió objeciones de Alemania, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Noruega, los Países Bajos, el Reino Unido y Suecia. Todos estos Estados destacaron que se trataba en realidad de una reserva prohibida por el artículo 120 del Estatuto de Roma. El Uruguay, por su parte, justificó su postura en una comunicación notificada al Secretario General:

> La República Oriental del Uruguay, mediante la Ley 17.510 de 27 de junio de 2002, ratificada por el poder legislativo, dio su aprobación

---

(Continuación de la nota 32.)

Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (ibíd., cap. XVIII.11). Véanse también la objeción de Austria a la reserva formulada por Botswana al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ibíd., cap. IV.4), la objeción de Estonia a la reserva formulada por la República Árabe Siria a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ibíd., cap. IV.8) y las objeciones de los Países Bajos y Suecia a la reserva formulada por el Perú a la Convención de Viena de 1969 (ibíd., cap. XXIII.1).

[33] Ibíd., cap. XXVI.2.

[34] Véase, por ejemplo, la reserva formulada por el Canadá al Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo (Convenio de Espoo) (ibíd., cap. XXVII.4). Frente a varias objeciones formuladas por Estados europeos, el Canadá, en una nota recibida por el Secretario General el 21 de enero de 2001, reafirmó su postura al indicar que «su reserva al Convenio de Espoo es un elemento integrante de la ratificación de dicho instrumento por el Canadá y no puede separarse de ella. El Canadá solamente puede aceptar relaciones convencionales con otros Estados incorporando la reserva tal como se ha formulado y respetando el artículo 21 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados» (ibíd., nota 7).

[35] *Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. IV.9, nota 17. Las objeciones de Australia, Austria, Bulgaria, el Canadá, Finlandia, Grecia, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido, Suiza y Turquía se formularon una vez transcurrido el plazo establecido en el artículo 20, párr. 5, de la Convención de Viena.

[36] A pesar de este acuerdo entre los autores de la objeción relativa a la invalidez de la reserva, los efectos que estos Estados atribuían a sus objeciones variaban en gran medida. Mientras que algunos se limitaron a constatar la invalidez de la reserva, al mismo tiempo que precisaban que su objeción no impedía la entrada en vigor de la Convención con respecto a Chile, otros consideraron oportuno indicar, siguiendo el ejemplo de Suecia, que su objeción no podía «de ninguna manera tener por efecto alterar o modificar las obligaciones derivadas de la Convención» (objeción de efecto «supermáximo») (ibíd.); véanse también las objeciones formuladas por Australia y Austria.

[37] Durante el examen del informe inicial de Chile (CAT/C/7/Add.2) realizado en 1989, también varios miembros del Comité contra la Tortura expresaron su preocupación por la reserva formulada al artículo 2, párr. 3, y solicitaron una aclaración sobre las disposiciones pertinentes de la legislación chilena, que, según el Comité, «parecían ser incompatibles con la Convención» (Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/45/44), párr. 349); véase también ibíd., párr. 375. Los cambios políticos que tuvieron lugar en Chile a principios de la década de 1990 probablemente favorecieron el retiro de la reserva formulada en 1988 (véase ibíd., *cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 46* (A/46/46), párr. 239).

[38] Esta declaración interpretativa establecía lo siguiente (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2184, n.º A-38544, pág. 504) :

> «En su condición de Estado Parte del Estatuto de Roma, la República Oriental del Uruguay asegurará su aplicación en el marco del pleno funcionamiento de los poderes del Estado en el ámbito de sus respectivas competencias y con estricta observancia del ordenamiento constitucional de la República.
>
> De conformidad con lo previsto en la [parte IX] del Estatuto titulada "De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial", el Poder Ejecutivo remitirá al Poder Legislativo en el plazo de seis meses un proyecto de ley con el objeto de establecer los procedimientos para asegurar la aplicación del Estatuto».

al Estatuto de Roma en términos plenamente compatibles con el orden constitucional del Uruguay. Si bien la Constitución es la ley de más alto rango a la que todas las demás leyes están supeditadas, ello no constituye en modo alguno una reserva a ninguna de las disposiciones de ese instrumento internacional.

Se señala, a todos los efectos necesarios, que el Estatuto de Roma ha preservado de manera inequívoca el normal funcionamiento de las jurisdicciones nacionales y que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se ejerce únicamente en ausencia de ejercicio de la jurisdicción nacional.

En consecuencia, está muy claro que la ley mencionada más arriba no impone límite ni condición alguna a la aplicación del Estatuto, autorizando plenamente el funcionamiento del ordenamiento jurídico nacional sin detrimento del Estatuto.

La declaración interpretativa realizada por el Uruguay en el momento de ratificación del Estatuto no constituye, por consiguiente, una reserva de ningún tipo.

Por último, debe mencionarse la importancia que el Uruguay concede al Estatuto de Roma como una notable expresión del desarrollo progresivo del derecho internacional en relación con una cuestión altamente sensible[39].

El Uruguay retiró esta declaración interpretativa en 2008, después de haber adoptado las medidas legislativas necesarias[40].

21. Asimismo, se encuentran otros ejemplos de reservas que han recibido un importante número de objeciones y que han terminado por ser retiradas o modificadas, a menudo bastante después, por parte de sus autores. Es, por ejemplo, el caso de varias reservas formuladas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La reserva formulada por la Jamahiriya Árabe Libia[41], entre otras, recibió siete objeciones debido a su carácter general e indeterminado[42]. El 5 de julio de 1995, es decir, cinco años después de la adhesión de la Jamahiriya Árabe Libia a la Convención, el Gobierno de este país comunicó al Secretario General que había decidido «modificar» la reserva general formulada en su adhesión, «especificándola más»[43]. Aunque no puede decirse que la «nueva» reserva sea irreprochable[44], es evidente que el Gobierno de la Jamahiriya Árabe Libia tuvo en cuenta las críticas expresadas por los demás Estados partes a la formulación de la reserva inicial. Asimismo, es probable que Bangladesh, Egipto, Malasia, Maldivas y Mauritania modificaran, o incluso retiraran de forma total o parcial, las reservas que habían formulado inicialmente al tener en cuenta las objeciones presentadas por otros Estados partes[45].

22. Si bien puede considerarse que una objeción constituye por sí misma un elemento del diálogo sobre las reservas, también es cierto que el número y la coherencia de las objeciones desempeñan un papel nada desdeñable: el autor de una reserva, cualquier otro Estado interesado o cualquiera que la interprete prestan mayor atención a un gran número de objeciones que a una objeción aislada[46]. Cuanto más coherente sea la práctica relativa a las objeciones presentadas a determinadas reservas, más influirán estas objeciones en la apreciación y la determinación de la validez de estas reservas y de cualquier otra reserva comparable, aunque se formule en el futuro. China, que había formulado dos reservas al adherirse a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, comunicó en 1996 al Comité contra la Tortura, a pesar de que no se había presentado ninguna objeción a sus reservas, que

varios departamentos gubernamentales están llevando a cabo actualmente un examen global de la cuestión, concediendo una atención especial a las opiniones de los demás Estados Partes acerca de las reservas y las consecuencias de estas sobre la labor del Comité[47].

23. En este mismo sentido, en la causa *Loizidou c. Turquie*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó lo siguiente:

La reacción posterior de varias Partes Contratantes a las declaraciones de Turquía[48] respalda con firmeza la anterior observación según la cual Turquía no ignoraba la situación jurídica. El hecho de que, en estas condiciones, dicho país haya presentado posteriormente declaraciones relativas a ambos artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) —la última tras la reacción mencionada de las Partes Contratantes— indica que estaba dispuesto a correr el riesgo de que los órganos del Convenio declararan inválidas las cláusulas limitativas objeto del litigio, sin que ello afectara a la validez de las propias declaraciones[49].

24. También se ha sugerido que, teniendo en cuenta la práctica relativa a las objeciones ya instaurada en el marco

[39] *Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. XVIII.10, nota 13.

[40] Ibíd., nota 14.

[41] La reserva formulada por la Jamahiriya Árabe Libia en el momento de la adhesión establecía lo siguiente: «[La adhesión] se realiza con la reserva general de que no puede infringir las normas que regulan el estatuto personal derivadas de la sharia islámica» (ibíd., cap. IV.8, nota 33).

[42] Formularon objeciones Alemania, Dinamarca, Finlandia, México, Noruega, los Países Bajos y Suecia (ibíd., cap. IV.8). En relación con la cuestión de las reservas vagas o generales, véase la directriz 3.1.7 y su comentario, *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

[43] La «nueva» reserva de Libia establece lo siguiente:

«1. Para la aplicación del artículo 2 de la Convención, habrá que tener debidamente en cuenta las normas imperativas dictadas por la sharia islámica en lo relativo a la determinación de la parte correspondiente a cada heredero en la sucesión de un difunto, según sea de sexo masculino o femenino.

2. Lo dispuesto en los párrafos 16 *c*) y *d*) de la Convención se aplicará sin perjuicio de los derechos reconocidos a la mujeres por la sharia islámica» (*Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. IV.8).

[44] Finlandia formuló una objeción a la reserva modificada de la Jamahiriya Árabe Libia: «Una reserva que consiste en una referencia general al derecho religioso y no hace ninguna otra precisión no indica claramente a las demás partes en la Convención en qué medida el Estado que la ha formulado se siente vinculado por dicho instrumento y, por consiguiente, puede suscitar dudas sobre su voluntad de cumplir las obligaciones que le impone. Según el Gobierno finlandés, esta reserva también está subordinada al principio general en materia de aplicación de los tratados según el cual una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para eludir sus obligaciones convencionales» (ibíd.).

[45] Ibíd.

[46] Véase Tyagi, *loc. cit.*, pág. 216.

[47] Comité contra la Tortura (CAT/C/SR.252/Add.1), 8 de mayo de 1996, párr. 12. No obstante, al día de hoy China no ha retirado ni modificado sus reservas.

[48] La primera declaración de Turquía, de 28 de enero de 1987, relativa al artículo 25 del Convenio Europeo de Derechos Humanos había sido objeto de un intercambio de opiniones entre Turquía y el Secretario General del Consejo de Europa en su calidad de depositario (véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Loizidou c. Turquie* (excepciones preliminares), 23 de marzo de 1995, párrs. 16 y 17, *série A n.º 310*), había recibido una objeción de Grecia y había provocado la reacción de Suecia, Luxemburgo, Dinamarca, Noruega y Bélgica, que plantearon diferentes cuestiones jurídicas acerca del alcance del reconocimiento turco (véase ibíd., párrs. 18 a 24). En lo que respecta a Turquía, en una carta dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, había afirmado que su declaración no podía considerarse una reserva.

[49] Ibíd., párr. 95. Véase también ibíd., párr. 81.

de un determinado tratado, algunos Estados se abstienen de adherirse al instrumento en cuestión debido al enorme riesgo que corren de que sus reservas, consideradas por ellos necesarias, reciban un gran número de objeciones[50].

25. Asimismo, cabe observar que, incluso cuando la objeción sea una declaración unilateral[51], nada impide que varios Estados u organizaciones internacionales formulen sus objeciones conjuntamente[52] o, al menos, de forma concertada, con el fin de atribuirles un mayor peso. Sin duda, la práctica en este sentido no está todavía consolidada. No obstante, la labor realizada en el marco de las organizaciones regionales europeas, especialmente en la UE y el Consejo de Europa, empieza a dar sus frutos y se observa que los Estados miembros de estas organizaciones coordinan cada vez con mayor frecuencia sus reacciones a las reservas[53].

26. En lo que respecta a la UE, la cooperación en materia de reservas se fragua en el seno del Grupo «Derecho Internacional Público», que está integrado por los asesores jurídicos de los Estados miembros y mantiene revisiones periódicas. La finalidad de esta cooperación es sobre todo crear un foro pragmático de intercambio de opiniones en relación con las reservas que plantean problemas jurídicos o políticos. La actividad de ese Grupo tiene por objeto coordinar las posturas nacionales de los Estados miembros de la UE y, en su caso, adoptar una posición común para que los Estados actúen de la misma manera y concierten sus manifestaciones diplomáticas a fin de convencer al autor de la reserva de que la reconsidere[54]. No obstante, lo más frecuente es que el intercambio de opiniones culmine en una armonización de las objeciones que los Estados miembros pueden formular frente a una reserva considerada inválida («*impermissible*»)[55].

27. Por lo que se refiere al Consejo de Europa, en varias ocasiones el Relator Especial ha llamado la atención de la Comisión sobre la evolución y los resultados obtenidos en el marco de esta organización regional en la cooperación en materia de reservas[56]. En efecto, en su Recomendación n.º (99) 13 sobre las reacciones ante las reservas a los tratados internacionales consideradas inadmisibles, de 18 de mayo de 1999, el Comité de Ministros se declaró «preocupado por el número creciente de reservas a los tratados internacionales consideradas inadmisibles, en particular las reservas de alcance general» y «consciente de que, por ello, una posición común de los Estados miembros en lo relativo a esas reservas podía ser un medio para mejorar esa situación». Para ayudar a los Estados miembros y favorecer el intercambio de opiniones entre ellos en relación con las reservas formuladas a los tratados multilaterales elaborados en el seno del Consejo de Europa, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa creó el Observatorio europeo de reservas a los tratados internacionales. Desde 2002, las funciones del Observatorio se han extendido a los tratados multilaterales relativos a la lucha contra el terrorismo celebrados fuera de la Organización[57]. La labor del Observatorio tiene como finalidad especialmente señalar a la atención de los Estados miembros las reservas con respecto a las que se pueden formular objeciones, que la secretaría recopila en una lista, y favorecer el intercambio de opiniones entre ellos con miras a determinar las posibilidades de presentar objeciones de forma concertada. En este sentido, resulta interesante destacar que el Observatorio examina no solamente las reservas formuladas por terceros Estados, sino también las de los Estados miembros del Consejo de Europa. A menudo estos no dudan en ofrecer las explicaciones o justificaciones necesarias para que sus reservas sean retiradas de la lista[58].

3. El diálogo sobre las reservas al margen del sistema de Viena

28. En su octavo informe, consagrado a la definición de objeción a una reserva, el Relator Especial ya hizo referencia a las distintas reacciones de los Estados frente a una reserva formulada por otro Estado o por otra organización internacional[59]. En efecto, a menudo los Estados no buscan pura y simplemente «excluir o modificar los efectos jurídicos de la reserva o excluir la aplicación del tratado en su totalidad en [sus] relaciones con el autor de la reserva», por lo que no puede decirse que su reacción

---

[50] Tyagi considera que hasta hoy la República Islámica del Irán no se ha adherido a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer por temor a que el gran número de reservas necesarias para adecuar la Convención a su derecho interno y al derecho islámico desencadene una reacción particularmente negativa en el ámbito internacional (*loc. cit*., pág. 199, nota 65).

[51] Véase la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas), *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 82, párr. 5 del comentario.

[52] Véase en esta materia la directriz 2.6.6 (Formulación conjunta [de una objeción]), *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 95.

[53] Para un ejemplo reciente, véanse las objeciones presentadas por España, Eslovaquia, Estonia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, el Reino Unido y la República Checa a la reserva formulada por el Yemen en su adhesión al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (*Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. XVIII.11).

[54] Véase también el párrafo 51 *infra*.

[55] Véase Cede, «European Responses to Questionable Reservations», pág. 30.

[56] Tercer informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, págs. 249 y 250, párrs. 28 y 29; cuarto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/499, págs. 147 y 148, párrs. 42 y 43; octavo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/535 y Add.1, pág. 41, párr. 23; undécimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, pág. 208, párr. 56; y decimocuarto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/614, párr. 64. Con respecto a las medidas adoptadas en el seno del Consejo de Europa, véase también Spiliopoulou Åkermark, «Reservations: breaking new ground in the Council of Europe», en esp. págs. 511 a 515.

[57] Octavo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/535 y Add.1, pág. 41, párr. 23. Véase también la decisión del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 21 de septiembre de 2001, CM/Del/Dec (2001) 765 *bis*, punto 2.1.

[58] Véanse, por ejemplo, las explicaciones de Mónaco sobre la declaración interpretativa formulada por este país al adherirse a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, CAHDI, 39.ª sesión, Estrasburgo, 18 y 19 de marzo de 2010, CAHDI (2010) 14, párr. 87; véanse también las explicaciones del observador de Israel sobre la declaración formulada por este país en su ratificación del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III) y la reacción del representante de Suiza, ibíd., 35.ª sesión, Estrasburgo, 6 y 7 de marzo de 2008, CAHDI (2008) 15, párrs. 93 y 94. Véase también el párrafo 49 *infra*.

[59] *Anuario… 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/535 y Add.1, pág. 50, párrs. 85 a 89.

equivalga a una aceptación o a una objeción *stricto sensu*. Se trata de reacciones con las que se pretende entablar un diálogo sobre las reservas (véase la sección *a, infra*).

29. Además, el diálogo sobre las reservas no se limita a los intercambios entre los Estados y las organizaciones internacionales que son partes en el tratado en cuestión o que tienen derecho a adherirse a él. Es cierto que las Convenciones de Viena tratan solo de las aceptaciones y objeciones formuladas por Estados contratantes u organizaciones contratantes (o, en el marco concreto del artículo 20, párr. 3, por el órgano competente de la organización internacional). Sin embargo, el conjunto de actores en el marco del diálogo sobre las reservas es más amplio y comprende a los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado en cuestión y a las organizaciones internacionales que no tienen intención de hacerse parte en el tratado (véase la sección *b, infra*).

a) *Reacciones de los Estados y organizaciones contratantes distintas de las objeciones y las aceptaciones*

30. En el asunto *Delimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, en lo que respecta al artículo 12 de la Convención sobre la plataforma continental, el Tribunal Arbitral señaló lo siguiente:

> Tal como lo confirma la práctica de un cierto número de Estados [...], el artículo 12 da a los Estados contratantes la libertad de reaccionar de la manera que estimen más conveniente a una reserva hecha de conformidad con sus disposiciones e incluso a negarse a aceptar la reserva. La cuestión de si, mediante una reacción de este tipo, un Estado hace un mero comentario, reserva simplemente su postura o rechaza únicamente la reserva en cuestión o toda la relación convencional con el Estado que formula la reserva en el marco del tratado, depende, por tanto, de la intención del Estado de que se trata[60].

Los Estados y las organizaciones internacionales son, por lo tanto, libres de hacer comentarios, e incluso críticas, respecto a una reserva formulada por otro Estado u otra organización internacional, sin que ello constituya una objeción en el sentido de las Convenciones de Viena. Puesto que no son objeciones, esas reacciones, por bien fundamentadas que estén, no pueden obstaculizar la aplicación de la presunción contenida en el artículo 20, párr. 5, de las Convenciones de Viena: si no se objeta en el sentido estricto del término dentro del plazo previsto, se considerará que la parte que reacciona, incluso de forma crítica, ha aceptado la reserva, aunque la inmensa mayoría de esas reacciones expresen dudas respecto a la validez de la reserva[61]. Es cierto que si la reserva es inválida («*impermissible*»), la presunción contenida en el artículo 20, párr. 5, no surte ningún efecto concreto.

31. Las reacciones de espera que no ponen de manifiesto su objetivo y los eventuales reclamos en relación con una reserva no revisten demasiado interés. Así pues, el régimen jurídico de una reserva no queda precisado en modo alguno cuando los Países Bajos «se reservan todos sus derechos» en lo que respecta a las reservas formuladas por Venezuela al ratificar la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua y la Convención sobre la plataforma continental[62]. Resulta dudoso que una reacción de ese tipo, que no pretende ser ni una objeción ni una aceptación, aliente al autor de la reserva a reconsiderarla, retirarla o modificarla. Sin embargo, la práctica de los Estados ha evolucionado considerablemente en los últimos años, y las reacciones distintas de las aceptaciones u objeciones tienen ahora cabida en el marco del diálogo sobre las reservas sin que por ello produzcan un efecto jurídico propiamente dicho.

32. Un ejemplo especialmente elocuente es la declaración de México respecto a la reserva formulada por Malawi[63] a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

> El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos espera que el proceso de erradicación de las costumbres tradicionales y prácticas, a que hace mención la primera reserva de la República de Malawi, no se prolongue de manera que se vulnere el objeto y propósito de la mencionada Convención[64].

Aunque la declaración de México no constituye una objeción a la reserva de Malawi, sino que por el contrario da muestras de comprensión al respecto, en ella se hace hincapié en el carácter necesariamente transitorio de la reserva y en la necesidad de reconsiderarla y de retirarla a su debido tiempo. La declaración constituye un buen ejemplo de diplomacia «blanda». Por otra parte, Malawi retiró su reserva en 1991, algo más de cuatro años después de adherirse a la Convención[65].

33. El retiro completo o parcial de una reserva considerada inválida es sin lugar a dudas el principal objetivo del diálogo sobre las reservas. Ciertos Estados no dudan en señalar a la atención del autor de la reserva, por medio de declaraciones a menudo bien argumentadas, los problemas jurídicos que aquella suscita, a fin de solicitar al autor que adopte las medidas que correspondan. Sirve de ejemplo al respecto la reacción de Dinamarca ante las reservas formuladas por la Arabia Saudita, Brunei Darussalam y Malasia a la Convención sobre los Derechos del Niño:

> El Gobierno de Dinamarca considera que la reserva general formulada en relación con la Constitución de Brunei Darussalam y las enseñanzas y preceptos del Islam es de alcance ilimitado y de carácter indefinido. Por consiguiente, estima que dicha reserva es incompatible con el objeto y el fin de la Convención y, por ende, inadmisible y sin efecto en virtud del derecho internacional. Por lo demás, existe un principio general del derecho internacional en virtud del cual un Estado no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de un tratado.
>
> No obstante, la Convención sigue plenamente en vigor entre Brunei Darussalam y Dinamarca.

---

[60] Laudo del 30 de junio de 1977, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E/F.80.V.7), págs. 161 y 162, párr. 39.

[61] Véase la directriz 4.5.3 [4.5.4] (Reacciones a una reserva inválida) en cuyo párrafo 1 se hace la siguiente aclaración: «La nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o la aceptación por un Estado contratante o una organización contratante» (*Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte)).

[62] *Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. XXI.1 y 4.

[63] Esta reserva establece lo siguiente: «Puesto que ciertas costumbres y prácticas tradicionales están profundamente arraigadas, el Gobierno de la República de Malawi no se considerará obligado, por el momento, por las disposiciones de la Convención que exigen la erradicación inmediata de dichas costumbres y prácticas» (ibíd., cap. IV.8, nota 36).

[64] Ibíd.

[65] Ibíd.

El Gobierno de Dinamarca recomienda al Gobierno de Brunei Darussalam que reconsidere las reservas que ha formulado en relación con [la citada Convención][66].

34. Austria también reaccionó a dichas reservas y a las formuladas por Kiribati y la República Islámica del Irán. Aunque no puede decirse que sean objeciones en el sentido de las Convenciones de Viena, esas reacciones ponen en entredicho la validez de las reservas de que se trata, pero no parecen reclamar ningún efecto jurídico en particular:

Según el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y el artículo 51 de [dicha Convención], las reservas a los tratados, para ser admisibles en derecho internacional, deben ser compatibles con el objeto y el fin del tratado. Una reserva es incompatible con el objeto y el propósito de un tratado cuando trata de excluir disposiciones cuya aplicación es fundamental para el cumplimiento del objeto y el fin de dicho tratado.

El Gobierno de Austria ha examinado las reservas formuladas por Malasia [...] respecto [de dicha Convención]. Dado que se trata de reservas de carácter general, no puede considerarse su admisibilidad en el derecho internacional sin aclaraciones complementarias.

En tanto Malasia [...] no defina con más precisión el alcance de los efectos jurídicos de sus reservas, la República de Austria considera que estas no afectan a ninguna disposición cuya aplicación sea fundamental para el cumplimiento del objeto y el fin de la Convención.

No obstante, Austria se opone a que estas reservas se consideren admisibles si su aplicación conlleva el incumplimiento por Malasia [...] de obligaciones contraídas en virtud de la Convención que sean fundamentales para el cumplimiento del objeto y el fin de la Convención.

Austria solo considerará admisibles, en relación con el artículo 51 de la Convención y el artículo 19 de la Convención sobre el derecho de los tratados, las reservas formuladas por Malasia [...] si este Estado pone de manifiesto, mediante declaraciones complementarias o mediante la práctica que adopte posteriormente, que sus reservas son compatibles con las disposiciones fundamentales para el cumplimiento del objeto y el fin de la Convención[67].

La reacción de Austria podría llegar a considerarse una objeción o una aceptación condicional sujeta al requisito de que la reserva sea retirada, modificada o por lo menos interpretada de determinada manera. No obstante, ante la falta de información necesaria para determinar la validez de las reservas, Austria no presentó formalmente una objeción[68], sino que optó por dar a los Estados autores de las reservas la posibilidad de argumentar la validez de las reservas que formularon[69].

35. Algunos Estados no dudan en proponer una interpretación de la reserva que, en su opinión, dotaría a esta de aceptabilidad. A este respecto, sirve de ejemplo la postura del Reino Unido en lo referente a la reserva formulada por los Estados Unidos al expresar su consentimiento en obligarse por el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Da la impresión de que la interpretación de la reserva puede transformar la objeción en aceptación:

[L]a reserva parece ser contraria al objeto y al propósito del Protocolo, en la medida en que este último busca prohibir o restringir el empleo de armas incendiarias como tales. Basándose en esa interpretación, el Reino Unido objeta a la reserva por considerarla contraria al objeto y al propósito del Protocolo.

Sin embargo, los Estados Unidos de América declararon públicamente que la reserva era indispensable, puesto que las armas incendiarias son las únicas capaces de destruir eficazmente, en el marco de la lucha contra la proliferación, objetivos como las fábricas de armas biológicas, ya que para la eliminación de las biotoxinas es necesaria una temperatura elevada. Asimismo, declararon públicamente que la reserva no era contraria al objeto y al propósito del Protocolo, que consisten en proteger a los civiles de los daños colaterales resultantes del empleo de armas incendiarias. Además, declararon públicamente que la reserva era compatible con un principio fundamental del derecho internacional humanitario, a saber la protección de la población civil y los bienes de carácter civil de los perjuicios derivados de los conflictos armados.

En vista de que: *a*) la reserva de los Estados Unidos se interpreta estrictamente en el sentido de que se refiere de modo específico al empleo de armas incendiarias contra armas biológicas o elementos análogos en el marco de la lucha contra la proliferación en el caso de instalaciones en que es necesaria una temperatura elevada para eliminar las biotoxinas y prevenir consecuencias que pueden ser desastrosas para la población civil; *b*) la finalidad de la reserva formulada por los Estados Unidos no es en modo alguno eximir a nadie de la obligación de tomar todas las precauciones posibles a la hora de elegir los medios y métodos de ataque a fin de evitar y, en todo caso, minimizar la muerte accidental de civiles, así como las lesiones a civiles y los daños a bienes de carácter civil; *c*) es correcto interpretar que el Protocolo tiene por objeto y propósito proteger a los civiles contra los daños colaterales resultantes del empleo de armas incendiarias; el Reino Unido no presentará objeción a la reserva porque esta no es contraria al objeto y al fin del Protocolo[70].

36. Si bien la práctica documentada solo brinda unos pocos ejemplos, se puede efectivamente entablar un auténtico diálogo entre el autor de una reserva y el autor de una objeción o aceptación condicional como la que acaba de describirse. Entre los Países Bajos y el Yemen tuvo lugar un diálogo de esas características respecto a la reserva formulada por este último Estado al adherirse a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. El texto de la reserva era el siguiente (párr. 2):

Por lo que respecta a las prerrogativas e inmunidades, la República Árabe del Yemen considera que la expresión «miembros de su familia», que figura en el párrafo 1 del artículo 46 y del artículo 49, alude exclusivamente a la esposa y a los hijos menores de edad del miembro de la oficina consular[71].

Los Países Bajos formularon lo que parece ser una aceptación condicional en los términos siguientes:

El Reino de los Países Bajos solo acepta la reserva presentada por la República Árabe del Yemen respecto al párrafo 1 del artículo 46 y del artículo 49 de la Convención en la medida en que esta reserva no tenga por efecto privar a los cónyuges de las mujeres miembros de las oficinas consulares del beneficio de las prerrogativas e inmunidades previstas en la Convención[72].

---

[66] Ibíd., cap. IV.11.

[67] Ibíd. Véase también la reacción de Bélgica a la reserva formulada por el Pakistán al adherirse a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

[68] Se trata de una práctica muy habitual. Véase el párrafo 17 *supra*.

[69] Véase también la reacción del Reino Unido a la reserva de la República de Corea al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con arreglo a la cual se «reserva todos sus derechos en virtud del Pacto», a la espera de una «indicación suficiente de los efectos que se buscan [de la reserva]» (ibíd., cap. IV.4).

[70] Ibíd., cap. XXVI.2.

[71] Ibíd., cap. III.6.

[72] Ibíd. Véase también la objeción/aceptación —ampliamente argumentada— que presentaron los Estados Unidos respecto a la misma reserva (ibíd.).

Algunos meses después de que los Países Bajos presentaran su objeción, el Yemen envió la siguiente comunicación al Secretario General:

> Desearíamos señalar que la reserva que hemos formulado respecto al disfrute de las prerrogativas e inmunidades previstas en la Convención tenía por objeto indicar que nuestro país interpretaba que la expresión «la familia del miembro de la oficina consular» aludía exclusivamente al propio miembro de la oficina consular, a su cónyuge y a sus hijos menores de edad. Sin embargo, queremos dejar constancia de que nuestra reserva no tiene por objeto excluir a los cónyuges de las mujeres miembros de las oficinas consulares, contrariamente a lo que podría deducirse de la interpretación de los Países Bajos. En efecto, es natural que en esa situación los cónyuges, tanto hombres como mujeres, se beneficien de las mismas prerrogativas e inmunidades[73].

Por lo tanto, gracias a ese diálogo el Yemen pudo precisar el alcance de su reserva y los dos Estados hallaron una fórmula de entendimiento respecto a la aplicación de los artículos 46 y 49 de la Convención de Viena de 1963.

37. De modo análogo, los Países Bajos formularon aceptaciones condicionales a las reservas presentadas por Bahrein[74] y Qatar[75] respecto al artículo 27, párr. 3, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, relativo a la inviolabilidad de la valija diplomática. La reacción de los Países Bajos a la reserva de Bahrein quedó redactada de la siguiente manera (párr. 2):

> El Reino de los Países Bajos no acepta la declaración hecha por el Estado de Bahrein en lo referente al párrafo 3 del artículo 27 de la Convención. Considera que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, dicha disposición permanece en vigor en sus relaciones con el Estado de Bahrein. Sin embargo, el Reino de los Países Bajos está dispuesto a aceptar el siguiente arreglo sobre la base de la reciprocidad: si las autoridades del Estado receptor tienen motivos fundados para creer que la valija diplomática contiene un objeto que en virtud del párrafo 4 del artículo 27 de la Convención no debe ser enviado por valija diplomática, podrán pedir que se abra la valija en presencia del representante de la misión diplomática de que se trate. Si las autoridades del Estado acreditante se niegan a dar curso a dicha petición, la valija diplomática será devuelta a su lugar de origen[76].

Aunque ni Bahrein ni Qatar parecen haber reaccionado a la propuesta hecha por los Países Bajos, la actitud de este último país pone claramente de manifiesto su deseo de entablar un diálogo relativo al contenido de las relaciones convencionales entre los Estados partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Ahora bien, cabe destacar que la reacción de los Países Bajos va más allá de una simple interpretación de la reserva de Bahrein y —en menor medida— de la reserva de Qatar, y se presenta ante todo como una contrapropuesta[77]. Cualesquiera sean las consecuencias de dicha contrapropuesta (y de su eventual aceptación por la otra parte), resulta claro que los efectos tienen lugar al margen del régimen de reservas establecido por las Convenciones de Viena. Sin embargo, un diálogo de esas características puede dar lugar a una solución mutuamente aceptable para los protagonistas y, al igual que en el régimen de Viena, permite conciliar los objetivos de universalidad e integridad del tratado.

38. Por lo demás, el Relator Especial está convencido de que los ejemplos citados constituyen solo una parte ínfima de este diálogo sobre las reservas que escapa al formalismo del régimen de Viena y se entabla por canales diplomáticos bilaterales[78] más que por intermedio del depositario.

b) *El diálogo sobre las reservas con los órganos de vigilancia y en el seno de las organizaciones internacionales*

39. El papel fundamental[79] que desempeñan los órganos de vigilancia en el marco de la evaluación de la validez de las reservas ya ha sido examinado y confirmado por

---

[73] Ibíd., nota 21.

[74] La reserva de Bahrein establece (párr. 1): «El Gobierno del Estado de Bahrein se reserva el derecho de abrir la valija diplomática si existen motivos fundados para suponer que esta contiene artículos cuya importación o exportación queda prohibida por la ley» (*Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. III.3).

[75] La reserva de Qatar dispone lo siguiente: «El Gobierno del Estado de Qatar se reserva el derecho de abrir una valija diplomática en los dos casos siguientes:

1. Cuando se produzca abuso del régimen de la valija diplomática, constatado en flagrante delito, con fines ilícitos e incompatibles con los objetivos de la norma correspondiente en materia de inmunidad, por contener la valija diplomática objetos diferentes de los documentos diplomáticos o los objetos de uso oficial mencionados en el párrafo 4 de dicho artículo, en violación de las obligaciones impuestas por la Convención, así como por el derecho internacional y la costumbre.

En ese caso, se cursará notificación tanto al Ministerio de Relaciones Exteriores como a la misión de que se trate. La valija diplomática solo se abrirá previo consentimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Los artículos introducidos en contrabando serán confiscados en presencia de un representante del Ministerio y de la misión.

2. Cuando existan indicios claros o sospechas fundadas de que se han cometido dichas violaciones.

En ese caso, la valija diplomática solo se abrirá previo consentimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores y en presencia de un miembro de la misión de que se trate. Si no se otorga la autorización para abrir la valija diplomática, esta será devuelta a su lugar de origen» (ibíd.).

[76] Ibíd.

[77] Véase especialmente Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», págs. 42 a 45. Por lo que respecta al mismo ejemplo, el autor sugiere que «[d]icha propuesta representaría [...] una oferta permanente al Estado autor de la reserva para modificar el tratado entre las partes en cuestión de conformidad con las disposiciones del artículo 41 1) *b*) de la Convención de Viena» (ibíd., pág. 44).

[78] Suecia informó al CAHDI que las autoridades se habían puesto en contacto con las autoridades de Botswana en lo referente a la reserva de este país respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a fin de obtener mayor información sobre su alcance, habida cuenta de que la reserva se refiere al derecho interno (CAHDI, 21.ª reunión, Estrasburgo, 6 y 7 de marzo de 2001, CAHDI (2001) 4, párr. 23). Dado que no recibió una respuesta satisfactoria, Suecia presentó una objeción a dicha reserva (ibíd.; véase también *Traités multilatéraux…* (nota 5 *supra*), cap. IV 4).

[79] Por otra parte, la CIJ ha destacado la importancia de estos órganos de vigilancia, especialmente en lo que respecta a los tratados relativos a la protección y promoción de los derechos humanos. En su fallo de 30 de noviembre de 2010 en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea *c.* República Democrática del Congo), la Corte señaló lo siguiente (*C.I.J. Recueil 2010*, pág. 664, párr. 66):

> «Desde su creación, el Comité de Derechos Humanos ha venido desarrollando una importante jurisprudencia interpretativa, especialmente en lo referente a las constataciones que realiza en respuesta a las comunicaciones individuales que puede recibir respecto a los Estados partes en el primer Protocolo Facultativo, así como en el marco de sus "Observaciones generales".
>
> Aunque en el ejercicio de sus funciones judiciales la Corte no tiene la obligación de conciliar su propia interpretación del Pacto con la interpretación del Comité, considera que debe tenerse muy en cuenta la interpretación adoptada por este órgano independiente, establecido especialmente para supervisar la aplicación de este tratado. Se trata de garantizar la claridad necesaria y la coherencia indispensable del derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la cual tienen derecho tanto los particulares titulares de derechos tutelados como los Estados obligados a cumplir sus obligaciones convencionales».

la Comisión[80]. Aunque no son partes en el tratado, dichos órganos cumplen una función importante en lo referente a la evaluación de la validez (*permissibility*) de una reserva, pero también en el marco del diálogo con el autor de la reserva sobre la validez y la oportunidad de esta última.

40. A este respecto, los órganos de vigilancia creados en el marco de los tratados en materia de derechos humanos han desempeñado un papel precursor que sigue consolidándose[81]. En efecto, pese a la ausencia de un poder de decisión en la materia —o quizás justamente por ello—, los órganos de vigilancia no dudan en señalar a la atención de los Estados partes las reservas que les parecen dudosas o caducas, con el objetivo de alentar al Estado autor de la reserva a modificar o retirar las reservas de que se trate. Este diálogo sobre las reservas, que suele ser exhaustivo, tiene lugar principalmente en el marco del examen de los informes periódicos.

41. En la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados el 25 de junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, se alentó a los órganos de vigilancia a asumir dicho papel en la esfera del diálogo sobre las reservas. La Declaración exhortó a los Estados a que «en lo posible se abstengan de formular reservas»[82] a los tratados de derechos humanos; además, la Conferencia les alentó a que

> consideren la posibilidad de limitar el alcance de cualquier reserva que hagan a cualquier instrumento internacional sobre esta materia, a que formulen tales reservas con la mayor precisión y estrictez posibles, a que procuren que ninguna reserva sea incompatible con el objeto y propósito del tratado correspondiente y a que reconsideren regularmente cualquier reserva que hayan hecho, con miras a retirarla[83].

En particular, la Conferencia destacó el papel que a este respecto cumple el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[84].

42. En los últimos años se ha armonizado en gran medida la práctica de los diferentes órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos[85], especialmente gracias a una mayor coordinación entre dichos órganos. El Grupo de Trabajo sobre las reservas establecido por la cuarta reunión de los comités y la 17.ª reunión de los presidentes de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y 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 ha hecho gran hincapié en la necesidad de un diálogo entre los Estados partes y los órganos de vigilancia. Con ese propósito, en 2006 el Grupo de Trabajo señaló que los Estados debían presentar en sus informes periódicos las informaciones relativas a las reservas hechas a los instrumentos en cuestión para que los órganos de vigilancia pudieran adoptar una postura y entablar un diálogo con los Estados partes[86]. Para que los Estados sacaran el máximo provecho de ese intercambio,

> los miembros del Grupo de Trabajo se pusieron de acuerdo sobre determinado número de recomendaciones que reflejan en términos generales la práctica actual de todos los órganos creados en virtud de tratados. Miembros del Grupo de Trabajo consideraron que los órganos creados en virtud de tratados deben explicar a los Estados que formulan reservas la naturaleza de sus inquietudes en relación con los efectos de las reservas sobre el tratado. En particular, es importante que los Estados entiendan cómo los órganos creados en virtud de tratados leen las disposiciones del tratado en cuestión y las razones por las que determinadas reservas son incompatibles con su objeto y fin. Hasta la fecha, la práctica de los órganos creados en virtud de tratados ha sido recomendar la retirada de reservas sin ofrecer necesariamente razones para dicha recomendación. No existe consenso en cuanto a si las justificaciones para recomendar la retirada de reservas deberían figurar en las observaciones finales. Diversos miembros del Grupo de Trabajo consideraron que este proceso no debería ser tan oficial, siempre que los órganos creados en virtud de tratados expliquen sus recomendaciones durante el diálogo con el Estado. Si bien todos los órganos creados en virtud de tratados deberían alentar la retirada completa de reservas, el examen de la necesidad de las mismas o la restricción progresiva de su alcance mediante retiradas parciales de reservas, no se consideró necesario establecer un plazo límite concreto para que los Estados apliquen dichas recomendaciones, ya que los órganos creados en virtud de tratados tienen diferentes prácticas a este respecto[87].

43. En 2006, el Grupo de Trabajo aprobó la siguiente recomendación:

> *a*) Los órganos creados en virtud de tratados deberían pedir, 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;

---

[80] Véanse las directrices 3.2 (Evaluación de la validez de las reservas), 3.2.1 (Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de una reserva), 3.2.2 (Determinación de la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de las reservas), 3.2.3 (Cooperación de los Estados y las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados), 3.2.4 (Organismos competentes para evaluar la validez de las reservas en caso de que se cree un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado), *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 83.

[81] Véase Pellet y Müller, «Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil...», págs. 542 a 544 y 551.

[82] A/CONF.157/24, parte I, cap. III, secc. I, párr. 26 *in fine*.

[83] Ibíd., secc. II, párr. 5.

[84] Ibíd., párr. 39 («[E]l Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer debe seguir examinando las reservas. Se insta a los Estados a que retiren todas las reservas que sean contrarias al objeto y a la finalidad de la Convención o incompatibles con el derecho internacional convencional»). En su decisión 41/I, el Comité confirmó además que «no solamente le corresponde la función de determinar esta cuestión y, por lo tanto, la admisibilidad de las reservas, en relación con el procedimiento de presentación de informes establecido en el artículo 18 de la Convención, sino también en relación con los procedimientos de comunicación individual y de investigación establecidos en el Protocolo Facultativo» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 38* (A/63/38), pág. 94).

[85] Para una exposición de la práctica de los diferentes órganos de vigilancia, véase HRI/MC/2005/5, párrs. 8 a 21. Véase también Tyagi, *loc. cit.* (nota 11), págs. 219 a 236.

[86] HRI/MC/2007/5, párr. 16.

[87] Ibíd., párr. 17.

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 su 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[88].

44. Aunque no siempre es uniforme, la práctica muestra que los órganos de vigilancia procuran entablar un diálogo constructivo con los Estados partes con ocasión del examen de los informes periódicos. La recopilación de la práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos respecto de las reservas a esos instrumentos[89], preparada en el seno del Grupo de Trabajo sobre las reservas, ofrece gran cantidad de ejemplos en este sentido: así, los órganos de vigilancia reaccionan de manera crítica a determinadas reservas (sin jamás condenarlas tajantemente) y recomiendan a los Estados partes que las reexaminen o retiren. Cabe citar el caso del Comité de Derechos Humanos, el cual, si bien acogió con satisfacción la declaración de Italia en que esta anunció el retiro de algunas de sus reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lamentó que no se hubieran abordado las reservas a los artículos 14, párr. 3, 15, párr. 1, y 19, párr. 3; en consecuencia, el Comité alentó a Italia a que «continúe el proceso de revisión a fondo que comenzó en mayo de 2005 a fin de evaluar la situación de las reservas al Pacto, con miras a retirarlas en su totalidad»[90]. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no dudó en recomendar al Reino Unido que retirara sus reservas al Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (n.º 102) de la OIT[91], vale decir, a un tratado distinto de aquel en virtud del cual se creó. Sin embargo, no se trata solamente de formular críticas, sino también de alentar y felicitar a los Estados que han expresado su intención de retirar sus reservas o ya lo han hecho, así como a aquellos que se han adherido a tratados de derechos humanos sin formular reservas.

45. Hoy en día, este diálogo pragmático y no conflictivo constituye sin duda alguna, en lo referente a los tratados de derechos humanos, el mejor ejemplo de diálogo sobre las reservas. A este respecto, es interesante señalar que el diálogo tiene lugar al margen del sistema de Viena: más que ser «juzgados» por sus homólogos, los Estados dan cuenta de los esfuerzos que realizan y de las dificultades que afrontan a la hora de retirar determinadas reservas. Más que «condenar» las reservas como inválidas y dejarlas de lado, los órganos de vigilancia procuran entender mejor las reservas y sus motivaciones, así como convencer a sus autores de que las modifiquen o retiren.

46. Por otra parte, el diálogo sobre las reservas en el marco de los tratados de derechos humanos recibió un nuevo impulso tras el establecimiento del Consejo de Derechos Humanos. Este ha de servir de «foro para el diálogo sobre cuestiones temáticas relativas a todos los derechos humanos», y una de sus tareas consiste en promover el «pleno cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos contraídas por los Estados y el seguimiento de los objetivos y compromisos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos emanados de las conferencias y cumbres de las Naciones Unidas»[92]. Aparte de los llamamientos que el Consejo[93] —como también la Asamblea General[94]— han dirigido a los Estados para que retiren las reservas incompatibles con el objeto y el fin de dichos tratados, el diálogo sobre las reservas se ha entablado principalmente en el contexto del examen periódico universal, «proceso intergubernamental dirigido por los Miembros de las Naciones Unidas y orientado a la acción»[95].

---

[88] Ibíd., recomendaciones del Grupo de Trabajo, párr. 19, apdo. 9. Véase también el informe de los presidentes de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos sobre su 19.ª reunión, A/62/224, párr. 48, v).

[89] Véanse HRI/MC/2009/5, anexo I; HRI/MC/2008/5, anexo I; HRI/MC/2007/5/Add.1, anexo II; HRI/MC/2005/5, anexo I; y HRI/MC/2005/5/Add.1, anexo I.

[90] Comité de Derechos Humanos, 85.º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Observaciones finales, Italia, CCPR/C/ITA/CO/5, párr. 6.

[91] E/C.12/GBR/CO/5, párr. 43.

[92] Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, Consejo de Derechos Humanos, párr. 5, apdos. *b* y *d*.

[93] Véanse por ejemplo las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 4/1, Cuestión del ejercicio, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales, 23 de marzo de 2007, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 53* (A/62/53), párr. 3, apdo. *a*; 6/21, Elaboración de normas internacionales complementarias de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 28 de septiembre de 2007, ibíd., *sexagésimo tercero período de sesiones, Suplemento n.º 53* (A/63/53); 6/30, Integración de los derechos humanos de la mujer en todo el sistema de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 2007, ibíd., párr. 10; 7/29, Los derechos del niño, 28 de marzo de 2008, ibíd., párr. 2; 10/7, Derechos humanos de las personas con discapacidad: marcos nacionales para la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, 26 de marzo de 2009, ibíd., *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 53* (A/64/53), párr. 3; 10/14, Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos, 26 de marzo de 2009, ibíd., párr. 2; 13/11, Derechos humanos de las personas con discapacidad: aplicación y vigilancia del cumplimiento a nivel nacional e introducción como tema para 2011 de la función de la cooperación internacional en apoyo de la labor de ámbito nacional para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, 25 de marzo de 2010, ibíd., *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 53* (A/65/53), párr. 2; y 13/20, Los derechos del niño: combatir la violencia sexual contra los niños, 26 de marzo de 2010, ibíd., párr. 14.

[94] Véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 61/143, Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, de 19 de diciembre de 2006, párr. 8, apdo. *b*; 63/243, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 24 de diciembre de 2008, párr. 25; 64/141, Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y plena aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y de los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2009, párr. 5; y 64/152, Pactos internacionales de derechos humanos, de 18 de diciembre de 2009, párr. 8.

[95] Véase la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2007, anexo, párr. 3, apdo. *d*), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 53* (A/62/53), aprobada por la resolución 62/219 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2007.

47. Para dar tan solo un ejemplo, el informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal sobre Francia contiene numerosas solicitudes de información sobre las reservas formuladas por Francia a diversos instrumentos internacionales, así como las siguientes recomendaciones dirigidas a dicho país durante los debates[96]:

3. Retirar las reservas y las declaraciones interpretativas en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Federación de Rusia);

4. Considerar la posibilidad de retirar las reservas al artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Cuba);

5. Retirar la declaración formulada de conformidad con el artículo 124 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (México)[97].

Además, el informe incluye el siguiente compromiso complementario:

Considerar la posibilidad de retirar o modificar las reservas formuladas por el Gobierno de Francia al artículo 14, párrafo 2 *c*), de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[98].

48. En sus respuestas, los gobiernos de los Estados sometidos a examen responden con bastante precisión a dichas recomendaciones. A continuación figura la respuesta de Francia a la recomendación hecha por Cuba respecto a las reservas al artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

15. El Gobierno acepta examinar la declaración interpretativa hecha acerca del artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

16. *Comentarios*: en el marco de la elaboración en curso de los informes periódicos 17.º y 19.º que Francia presentará en octubre de 2008 en aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, se someterá a examen la declaración interpretativa[99].

49. Este diálogo oficioso relativo a las reservas no se limita a los órganos de vigilancia creados por los tratados de derechos humanos o al Consejo de Derechos Humanos. Así, en el marco del Grupo «Derecho Internacional Público» de la UE y en el del Observatorio europeo creado en el seno del CAHDI del Consejo de Europa, los Estados no se limitan a intercambiar puntos de vista sobre la validez de determinadas reservas y a armonizar sus objeciones al respecto[100]; dichas instancias alientan igualmente un diálogo constructivo con los autores de las reservas.

50. Por ejemplo, en lo que respecta a las reservas formuladas por los Estados con representación en el CAHDI[101], se ha entablado un verdadero diálogo sobre las dificultades que afrontan algunas delegaciones en lo referente a la interpretación o validez de una reserva. A menudo se puede encontrar una solución tras escuchar las explicaciones o aclaraciones presentadas por el autor de la reserva[102]. Durante la 26.ª reunión del Comité, Austria y Suiza pusieron en entredicho la admisibilidad de la declaración hecha por el Reino Unido al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados[103]. El Reino Unido presentó explicaciones y subrayó la admisibilidad y la legitimidad de su declaración. Durante la 27.ª reunión del Comité:

La delegación de Austria expresó reservas respecto a la *declaración interpretativa del Reino Unido* [...] si bien no formuló ninguna objeción. La delegación comprende los motivos que han llevado al Reino Unido a presentar dicha declaración, los cuales se expusieron y explicaron en la reunión anterior, pero no ha quedado convencida y por ende considera problemática dicha declaración. Por el contrario, la delegación de Suiza señala a este respecto que ha quedado convencida por los argumentos presentados por el Reino Unido en la reunión anterior[104].

En efecto, los Estados europeos no dudan en presentar explicaciones respecto a los motivos por los cuales formularon una determinada reserva[105] y, en su caso, en retirar las reservas[106].

51. Por conducto de sus miembros, el Comité de Asesores Jurídicos mantiene además un diálogo con terceros Estados. Por ejemplo, en el informe sobre la 38.ª sesión se

[96] En ciertos casos, se presenta un mayor número de recomendaciones relativas a las reservas. Por ejemplo, en el informe del Grupo de Trabajo relativo a los Estados Unidos se formulan 12 recomendaciones de ese tipo (A/HRC/16/11).

[97] A/HRC/8/47, párr. 60.

[98] Ibíd., párr. 63, apdo. 9.

[99] A/HRC/8/47/Add.1. Hasta el momento, Francia no ha retirado su declaración relativa al artículo 4 de dicha Convención.

[100] Véanse los párrafos 25 a 27 *supra*.

[101] Lo que no quiere decir que el Comité, por conducto de sus miembros, no mantenga un diálogo con los Estados no representados.

[102] Además, esa es una de las razones por la cual el Comité decidió ejercer por sí mismo sus responsabilidades relativas al Observatorio europeo y dejar de discutir las reservas solamente en el seno del Grupo de Expertos sobre las reservas. La ausencia de algunas delegaciones en el seno de ese Grupo dificultaba bastante el diálogo. Véase CAHDI, 19.ª sesión, Berlín, 13 y 14 de marzo de 2000, CAHDI (2000) 12 rev., párrs. 73 a 76 y 82; y 20.ª sesión, Estrasburgo, 12 y 13 de septiembre de 2000, CAHDI (2000) 21, párr. 27. En la 27.ª sesión, el Presidente del Comité señaló a la atención de las delegaciones la importancia de esta tarea y la necesidad de participar en ella: «De forma general, el Presidente pregunta a los miembros del CAHDI por el modo más apropiado de reforzar la eficacia de sus trabajos en su calidad de Observatorio europeo. Asimismo, señala a la atención de ciertos Estados la importancia de analizar en su conjunto el documento preparado por la secretaría, sin limitar el examen a las reservas o declaraciones susceptibles de objeción. Como resultado de los debates del Comité, las delegaciones pueden llegar a modificar su criterio y su política en relación con los tratados. Por consiguiente, el silencio no debe interpretarse como falta de interés en la cuestión» (CAHDI, 27.ª sesión, Estrasburgo, 18 y 19 de marzo de 2004, CAHDI (2004) 11, párr. 42).

[103] CAHDI, 26.ª sesión, Estrasburgo, 18 y 19 de septiembre de 2003, CAHDI (2003) 14, párrs. 26 a 28.

[104] CAHDI, 27.ª sesión, Estrasburgo, 18 y 19 de marzo de 2004, CAHDI (2004) 11, párr. 21. Como ejemplo adicional, véase el intercambio de opiniones que tuvo lugar respecto a la reserva al Convenio sobre traslado de personas condenadas, CAHDI, 22.ª sesión, Estrasburgo, 11 y 12 de septiembre de 2001, CAHDI (2001) 10, párrs. 51 a 54; y 23.ª sesión, Estrasburgo, 4 y 5 de marzo de 2002, CAHDI (2002) 8, párr. 27.

[105] Véanse los ejemplos citados en la nota 58 *supra*. Véanse también las explicaciones dadas por Georgia sobre la reserva que presentó respecto al Protocolo n.º 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (ibíd., párr. 30 y nota 10).

[106] Véanse las explicaciones de los Países Bajos respecto a su reserva a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos: «La delegación de los Países Bajos informa al Comité de que las autoridades del país van a retirar la reserva a esta Convención de 1973, puesto que efectivamente no es compatible con el objeto y el fin del tratado» (CAHDI, 27.ª sesión, Estrasburgo, 18 y 19 de marzo de 2004, CAHDI (2004) 11, párr. 39).

señala que el Comité proseguía su diálogo con las Bahamas en torno a la reserva al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos formulada por ese país[107].

52. Asimismo, en el marco del Grupo «Derecho Internacional Público», los Estados miembros de la UE procuran no solo coordinar las objeciones que pudieran tener, sino también entablar un diálogo con el autor de la reserva, incluso por los canales diplomáticos tradicionales, a fin de disponer de mayor información respecto a la reserva[108].

53. Las Convenciones de Viena —con sus conocidas lagunas, que la Guía de la Práctica aspira a colmar— es tan solo la punta del iceberg de este diálogo sobre las reservas, que constituye hoy en día una realidad práctica indiscutible y una parte integrante del régimen de reservas, al cual confiere cierta flexibilidad y cuya eficacia contribuye a aumentar.

B. ¿Existe un marco jurídico para el diálogo sobre las reservas?

54. Los artículos 19 a 23 de las Convenciones de Viena determinan las condiciones de validez de las reservas y sus efectos jurídicos sobre el tratado, procurando alcanzar un equilibrio satisfactorio entre la facultad de los Estados de formular una reserva a un instrumento convencional, por un lado, y la posibilidad de los demás Estados de aceptar, en sus relaciones con el autor de la reserva, la modificación del efecto del tratado propuesta, o de rechazarla. En ese marco jurídico preciso, la aceptación y la objeción no parecen ser los elementos de un diálogo entre sus autores y el autor de la reserva.

55. Además, las Convenciones de Viena guardan absoluto silencio sobre todas las demás formas de diálogo en materia de reservas, lo que resulta lógico en un instrumento convencional vinculante para los Estados y las organizaciones internacionales.

56. Por su parte, con el diálogo sobre las reservas no se pretende producir un efecto jurídico en el sentido estricto del término. No se busca modificar el contenido en sí de la relación convencional que se ha establecido —o no— entre el autor de una reserva y el autor de una objeción. El objetivo del diálogo sobre las reservas es otro: aunque se proponga alentar a los Estados a formular solo reservas válidas o a reconsiderar y retirar las reservas (o incluso las objeciones) que no son válidas o que simplemente han pasado a ser inútiles o inoportunas, el diálogo sobre las reservas nunca produce esos resultados por sí mismo. Para que así suceda, es el Estado autor de la reserva el que debe retirarla formalmente o modificarla de conformidad con las normas de la Convención de Viena; y es el autor de una objeción quien ha de retirarla con arreglo a los procedimientos prescritos por las normas de Viena. El diálogo sobre las reservas acompaña la puesta en práctica del régimen jurídico de las reservas sin formar parte de él. Se entabla mayormente al margen del derecho de Viena.

57. Sin embargo, el diálogo sobre las reservas puede contribuir al buen funcionamiento del régimen de Viena, que a su vez se basa en el principio del diálogo y el intercambio de opiniones[109]. Así lo ha confirmado la Comisión en repetidas oportunidades en el marco de sus trabajos sobre la Guía de la Práctica, reflejándolo en numerosas directrices que recomiendan a los Estados y a las organizaciones internacionales ciertas prácticas que no vienen impuestas por el régimen de Viena, pero que no obstante resultan muy útiles para la aplicación armoniosa de las normas relativas a las reservas. De hecho, se trata de elementos del diálogo sobre las reservas.

58. Ese es el caso, por ejemplo, de la directriz 2.1.9:

2.1.9 *Motivación*[110]

En lo posible, una reserva debería indicar los motivos por los cuales se formula.

Ninguna norma de las Convenciones de Viena obliga a los Estados a motivar sus reservas. Sin embargo, a efectos de permitir que los demás Estados determinen si una reserva es válida o no, por un lado, y si están dispuestos o no a dar su consentimiento al respecto, por otro, es indispensable que conozcan las motivaciones del autor de la reserva. Además, la práctica muestra que el diálogo sobre las reservas con el autor de una reserva suele entablarse precisamente para aclarar el sentido de dicha reserva y entender las razones por las cuales, en opinión de su autor, es necesaria[111].

59. Del mismo modo, la directriz 2.6.10, relativa a la motivación de las objeciones, constituye un elemento importante para que el diálogo sobre las reservas sea fluido, sin que por ello establezca una regla jurídica obligatoria para los Estados y las organizaciones:

2.6.10 *Motivación*[112]

En lo posible, una objeción debería indicar los motivos por los cuales se formula.

Aunque una objeción que no esté motivada puede producir perfectamente el efecto jurídico que le asignan las Convenciones de Viena, la ausencia de motivación hace que pierda su impacto como elemento del diálogo sobre las reservas[113]. A falta de motivación, el autor de la reserva, los demás Estados contratantes y organizaciones

[107] Estrasburgo, 10 a 11 de septiembre de 2009, CAHDI (2009) 16, párr. 74.

[108] La delegación de Suecia en el Comité informó a este de que las declaraciones y reservas formuladas por la República de Moldova a la Convención sobre el estatuto de los refugiados fueron objeto de debate en el Grupo «Derecho Internacional Público» de la UE y de que este último decidió entablar un diálogo con el autor de la reserva (CAHDI, 24.ª sesión, Bratislava, 9 y 10 de septiembre de 2002, CAHDI (2002) 16, párr. 18).

[109] Véase el párrafo 11 *supra*.

[110] El comentario de esta directriz figura en *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 91.

[111] Véase especialmente la postura a este respecto de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (párr. 42 *supra*) y las recomendaciones adoptadas en 2006 que se citan en el párrafo 43 *supra* (en particular el apartado *a*).

[112] El comentario de esta directriz figura en *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 99.

[113] Véanse también los párrafos 42 y 43 *supra*, y en particular el apartado *b* de la recomendación citada en el párrafo 43.

contratantes o el juez que deba pronunciarse sobre la reserva encontrarán dificultades para tener en cuenta la evaluación hecha por el autor de la objeción. Es prácticamente imposible saber si el autor de la objeción considera que la reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado o si entiende que la reserva es simplemente inapropiada. Sin motivación, la objeción apenas ofrece argumentos que alienten al autor de la reserva a retirarla o modificarla[114].

60. La directriz 4.5.3 muestra de manera aún más clara la relación entre el régimen jurídico de las reservas, por un lado, y el diálogo sobre las reservas, por otro:

4.5.3 *Reacciones a una reserva inválida*[115]

1. La nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o la aceptación por un Estado contratante o una organización contratante.

2. No obstante, un Estado o una organización internacional que considere que la reserva es inválida debería, si lo estima apropiado, formular lo antes posible una objeción motivada al respecto.

Aunque la objeción a una reserva válida queda, como tal, al margen del régimen de Viena, que no le atribuye ningún efecto jurídico concreto, no es menos cierto que cumple una función importante en el marco de la aplicación de las normas de las Convenciones de Viena y especialmente en lo que respecta a la evaluación de la validez de una reserva, por lo que constituye a tal efecto un elemento del diálogo sobre las reservas. El hecho de que en las Convenciones de Viena no se haga mención a este asunto no significa que los Estados deban abstenerse de formular dichas objeciones, que en modo alguno carecen de interés.

61. Por último, cabe citar la directriz 2.5.3, que resume perfectamente el objetivo último del diálogo sobre las reservas:

2.5.3 *Reexamen periódico de la utilidad de las reservas*[116]

1. Los Estados o las organizaciones internacionales que hayan formulado una o varias reservas a un tratado deberían proceder a un examen periódico de estas y considerar el retiro de las reservas que ya no respondan a la finalidad para la que fueron hechas.

2. En tal examen, los Estados y las organizaciones internacionales deberían prestar especial atención al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales y, en su caso, plantearse la utilidad del mantenimiento de las reservas, particularmente en relación con su derecho interno y con la evolución de este desde que se formularon dichas reservas.

62. No obstante lo anterior, el Relator Especial no considera que la Comisión deba dedicarse a establecer un régimen jurídico específico para el diálogo sobre las reservas, ni siquiera en el marco de un instrumento jurídico no vinculante como es la Guía de la Práctica. No se trata solo de que todo intento de sistematización de la práctica en esta esfera, bastante extendida pero particularmente heterogénea, esté condenado al fracaso, es que además ello iría en detrimento de la propia flexibilidad de las distintas modalidades de diálogo sobre las reservas. Por otra parte, no parece aconsejable primar una forma de diálogo sobre otra, ni cerrar las puertas a nuevas prácticas que podrían establecerse con el paso de los años y redundar en beneficio de la aplicación de las normas de Viena. La Comisión debería alentar toda forma de diálogo sobre las reservas.

63. Una de las grandes ventajas del diálogo sobre las reservas es justamente su marcado carácter pragmático. Se trata de influir en las decisiones y el comportamiento de los actores en materia de reservas, sin imponer restricciones. En consecuencia, su práctica difícilmente se beneficiaría si se viera restringida por normas procesales que, al entorpecer su desarrollo, limitarían su eficacia.

64. Sin embargo, no es ocioso recomendar a los Estados y a las organizaciones internacionales que no solamente entablen, en la medida de lo posible, todo tipo de diálogo con el autor de la reserva y, de manera más general, con todos los protagonistas y partes interesadas, sino también que adopten determinadas prácticas e intenten atenerse a ciertos principios básicos que, si bien no constituyen obligaciones jurídicas en el marco del régimen de Viena, son elementos que dotan al diálogo de mayor utilidad y eficacia. A esos efectos, el Relator Especial sugiere a la Comisión que no establezca directrices, ni siquiera con valor meramente recomendatorio (como las que ya ha adoptado la Comisión), sino que adopte una recomendación o conclusiones globales acerca del diálogo sobre las reservas.

65. El proyecto propuesto por el Relator Especial que figura en el párrafo 68 *infra* se inspira en parte en las recomendaciones adoptadas en 2006 por 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, completándolas a fin de tener en cuenta otras formas de diálogo sobre las reservas observadas en la práctica de los Estados. Si bien este instrumento se refiere a una forma particular de diálogo sobre las reservas, no es menos cierto que los principios que establece son de fácil incorporación a la totalidad del fenómeno, independientemente del marco en que se desarrolle el diálogo.

66. No obstante, esas recomendaciones, que tratan de hacer más eficaz y transparente el diálogo sobre las reservas en el marco del examen de los informes periódicos, se refieren al diálogo sobre las reservas entablado directamente con el autor de la reserva —que es la forma de diálogo que practican los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos— pero no abarcan las prácticas, muy fructíferos, del intercambio de opiniones, la cooperación y la coordinación que pueden establecerse entre los demás Estados contratantes y organizaciones contratantes para conseguir que las reacciones a la reservas problemáticas sean más coherentes y eficaces. Conviene por tanto completarlas a fin de alentar a los Estados y a las organizaciones internacionales a que recurran a esas prácticas.

---

[114] Véase también la directriz 2.9.6 (Motivación de la aprobación, la oposición y la recalificación), *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 83.

[115] El comentario de esta directriz figura en *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 106.

[116] Para el comentario de esta directriz, véase *Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 82.

67. El Relator Especial propone además incorporar al proyecto de recomendación o a las conclusiones otros elementos del diálogo sobre las reservas que, si bien en un principio se elaboraron para hacer frente a una problemática presentada erróneamente como específica de las reservas a los tratados de derechos humanos, resultan útiles y pertinentes para todas las demás categorías de reservas a todo tipo de instrumentos convencionales. Así sucede especialmente con el llamamiento lanzado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, en el que se alentaba a los Estados a que hicieran un uso razonable y razonado de las reservas[117].

68. Teniendo en cuenta lo anterior, se invita a la Comisión a que adopte el proyecto de recomendación o de conclusiones que figura a continuación:

«*Proyecto de recomendación o de conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional acerca del diálogo sobre las reservas*

***La Comisión de Derecho Internacional*,**

***Recordando* las disposiciones relativas a las reservas a los tratados que figuran en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales,**

***Teniendo presente* la necesidad de preservar la integridad de los tratados multilaterales, garantizando al mismo tiempo la universalidad de los que reúnen los requisitos necesarios para ello,**

***Reconociendo* la utilidad de las reservas a los tratados formuladas dentro de los límites impuestos por el derecho de los tratados, y especialmente por el artículo 19 de las Convenciones de Viena, y preocupada por el gran número de reservas que parecen ser incompatibles con esas exigencias,**

***Consciente* de las dificultades que afrontan los Estados y las organizaciones internacionales al evaluar la validez de las reservas,**

***Convencida* de la utilidad de un diálogo pragmático con el autor de una reserva, así como de la cooperación entre todos los interesados en materia de reservas,**

***Acogiendo con beneplácito* las medidas tomadas durante estos últimos años, especialmente en el marco de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y de determinadas organizaciones regionales,**

1. *Exhorta* a los Estados y organizaciones internacionales que deseen formular reservas a que velen por que estas no sean incompatibles con el objeto y el fin del tratado al que se refieren, consideren la posibilidad de limitar su alcance, las formulen de la manera más precisa y circunscrita posible, y las revisen periódicamente con miras a retirarlas cuando corresponda;

2. *Recomienda* a los Estados y a las organizaciones internacionales que cuando formulen una reserva, en la medida de lo posible indiquen la naturaleza y el alcance de la misma, los motivos por los cuales dicha reserva se considera necesaria, los efectos de la reserva sobre el cumplimiento por quien la formula de las obligaciones que le incumben en virtud del tratado en cuestión, y si se tiene previsto limitar los efectos de dicha reserva, modificarla o retirarla según un calendario concreto y modalidades precisas;

3. *Recomienda* también a los Estados y a las organizaciones internacionales que motiven toda modificación y todo retiro de una reserva;

4. *Recuerda* que los Estados, las organizaciones internacionales o los órganos de vigilancia pueden expresar sus inquietudes relativas a una reserva, e insiste en la utilidad de esas reacciones para la evaluación de la validez de una reserva por todos los protagonistas;

5. *Alienta* a los Estados, las organizaciones internacionales y los órganos de vigilancia a que expliquen al autor de la reserva los motivos por los que albergan inquietudes respecto a la reserva y a que pidan, cuando corresponda, las aclaraciones que estimen convenientes;

6. *Recomienda* a los Estados, a las organizaciones internacionales y a los órganos de vigilancia que, según lo estimen conveniente, aboguen por el retiro completo de las reservas, la revisión de la necesidad de las mismas y la reducción progresiva de su alcance mediante retiros parciales, y a que alienten a los Estados y a las organizaciones internacionales autores de las reservas a que procedan a ello;

7. *Alienta* a los Estados y a las organizaciones internacionales a que acojan positivamente las inquietudes y las reacciones de otros Estados, otras organizaciones internacionales y los órganos de vigilancia, respondan a ellas y les presten la debida atención en la medida de lo posible con miras a la revisión, modificación o eventual retiro de una reserva;

8. *Exhorta* a todos los Estados y organizaciones internacionales, así como a los órganos de vigilancia, a que cooperen de la forma más estrecha posible a fin de intercambiar puntos de vista sobre las reservas problemáticas y coordinar las medidas que deban adoptarse;

9. *Desea* que los Estados y las organizaciones internacionales, así como los órganos de vigilancia, entablen y mantengan ese diálogo de manera pragmática y transparente.»

[117] Véase el párrafo 41 *supra*.

Capítulo II

La solución de controversias en materia de reservas

69. Las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no contienen ninguna cláusula general sobre la solución de controversias[118] y la sección 4 de su parte V solo prevé el procedimiento que deberá seguirse con respecto a «la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado»[119]. En esas disposiciones no se contemplan las controversias relativas a la validez o los efectos de las reservas. En consecuencia, se aplica en esos casos el «derecho común» para el arreglo de controversias, que las partes deben tratar de solucionar en primer lugar a través de uno de los medios enumerados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

70. También se plantea la cuestión de si, dada la frecuencia con que los Estados (y, en menor medida, las organizaciones internacionales) afrontan problemas relativos a las reservas y la complejidad de algunos de ellos, no convendría reflexionar sobre el modo en que se podrían o deberían dirimir las divergencias que surjan entre los Estados (y las organizaciones internacionales) interesados (véase la sección A *infra*). Teniendo presente el principio básico del consensualismo que prima en esta materia y el papel que los Estados se reservan a este respecto, un mecanismo de esas características debería ser lo más flexible y ligero posible y consistir más en una ayuda para alcanzar una solución que en una modalidad complementaria de arreglo de diferencias (véase la sección B *infra*). La adopción definitiva de la Guía de la Práctica podría ser el momento idóneo para formular a los Estados o a las organizaciones internacionales recomendaciones en este sentido[120], ya sea directamente o por conducto de la Asamblea General.

A. Los antecedentes del problema

71. Si bien la Comisión no suele incluir en sus proyectos cláusulas relativas a la solución de controversias, lo que, a juicio del Relator Especial, no resulta generalmente conveniente[121] y puede parecer incompatible con el carácter no obligatorio de la Guía de la Práctica, existen razones concretas que parecen justificar una excepción al respecto, siempre que se trate de un mecanismo flexible y opcional.

1. Los inconvenientes de un mecanismo rígido respecto a la solución obligatoria de controversias

72. De una nota reciente de la Secretaría que versa sobre las «Cláusulas de solución de controversias»[122] se desprende que la práctica de la Comisión respecto a la inclusión en sus proyectos de artículos de propuestas relativas a la solución de controversias que puedan surgir de su aplicación es variable[123]. A juicio del Relator Especial, en general la cuestión se plantea de forma incorrecta: no habría que preguntarse si la inclusión de dichas cláusulas en una posible convención futura podría aumentar la eficacia de esta última, sino determinar si entre las funciones de la Comisión está la de ocuparse, en cada uno de sus proyectos de artículos, de las cláusulas finales que estos podrían llevar aparejados[124]; resulta evidente que dichas disposiciones no forman parte de la codificación *stricto sensu* y, si bien la práctica de la solución pacífica de las controversias contribuye sin duda al desarrollo progresivo del derecho internacional, no queda claro qué beneficios aportaría al respecto su inclusión en los proyectos de la Comisión. Puede además señalarse que, por regla general, la Asamblea General no aprobó ni dio seguimiento a las propuestas de la Comisión cuando esta última, tras mantener debates a menudo extensos y repetitivos, incorporó cláusulas de solución en los proyectos aprobados en primera o segunda lectura[125].

73. Podrían también invocarse objeciones específicas a la inclusión de disposiciones relativas a la solución de controversias en un documento como la Guía de la Práctica, que desde un principio se decidió que no tendría carácter obligatorio[126]. A primera vista no parece coherente incluir en tal instrumento cláusulas de solución de controversias: partiendo de la premisa de que no obliga ni a los Estados ni a las organizaciones internacionales, no podría servir de base a una solución de carácter obligatorio cuando surgiera un litigio sobre su aplicación.

---

[118] Dupuy, «Codification et règlement des différends. Les débats de Vienne sur les procédures de règlement»; Rosenne, «The Settlement of Treaty Disputes under the Vienna Convention»; Hayashi, «The Dispute Settlement Clause of the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties»; Ruiz Fabri, «Article 66»; véase también el fallo de la CIJ de 3 de febrero de 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) [Republique Democratique du Congo c. Rwanda]*, competencia y admisibilidad, *C.I.J. Recueil 2006*, párrs. 120 a 125.

[119] Así se titula el artículo 65. El artículo 66 —redactado de forma diferente en las dos convenciones a fin de tener en cuenta la imposibilidad de las organizaciones internacionales de someter un asunto a la CIJ— se refiere a los procedimientos obligatorios de arreglo judicial o de arbitraje (para las controversias relativas a la aplicación o la interpretación de los artículos 53 o 64, relativos al *jus cogens*) o de conciliación (para las controversias referentes a las demás causas de nulidad, terminación, suspensión de la aplicación de un tratado o retiro de una parte). Véase también el anexo a la Convención relativo al procedimiento de conciliación.

[120] A este respecto, véase el párrafo 100 *supra*.

[121] En su segundo informe sobre las reservas a los tratados, el Relator Especial indicó que consideraba que «el debate sobre el régimen de la solución de controversias [con ocasión de los proyectos de artículo elaborados por la Comisión] desvía la atención del tema objeto de examen propiamente dicho, suscita controversias inútiles e impide que la Comisión concluya sus trabajos en un plazo razonable». Además, señaló que «en caso de que los Estados lo consideren necesario, sería más conveniente que la Comisión se ocupase de redactar proyectos de artículos de alcance general que podrían adjuntarse, por ejemplo, en forma de protocolos facultativos, al conjunto de las convenciones en materia de codificación» (*Anuario… 1996*, vol. II (primera parte), págs. 52 y 53, párr. 47).

[122] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/623.

[123] En la nota de la Secretaría se mencionan nueve proyectos en los cuales la Comisión incorporó una o varias cláusulas relativas a la solución de controversias, y otros ocho en los cuales, tras los correspondientes debates, renunció a hacerlo; a ello debe añadirse un cierto número de proyectos, no mencionados en la nota, respecto a los cuales la Comisión no parece haberse planteado la cuestión (como el proyecto de artículos sobre las relaciones consulares o el relativo a las misiones especiales).

[124] En general, las disposiciones relativas a la solución de controversias se incluyen en las cláusulas finales.

[125] Véase de manera general la citada nota de la Secretaría, párrs. 16 a 44.

[126] Véase *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párrs. 484 y 487; véase también el capítulo III del presente informe.

74. Es cierto que nada impediría a los Estados ni a las organizaciones internacionales que así lo deseen comprometerse unilateralmente a aplicar las disposiciones de la Guía de la Práctica, ya sea de manera general o para solucionar una controversia concreta en materia de reservas. La técnica consistente en incorporar en instrumentos vinculantes una remisión a instrumentos «blandos» goza actualmente de bastante aceptación, ya se trate de normas procesales (por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[127] o el Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de controversias entre dos Estados[128]) o de normas sustantivas (véanse por ejemplo las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera [antes Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales], tanto las relativas al blanqueo de capitales[129] como a la financiación del terrorismo[130]). En cualquier caso, si se considera necesario, los Estados y las organizaciones internacionales que lo deseen pueden aprovechar esas opciones y recurrir a ellas de común acuerdo. Sin embargo, contemplar expresamente esa posibilidad en la Guía de la Práctica o su anexo no tendría ningún interés particular.

75. Además, y en términos muy generales, todo mecanismo de carácter obligatorio —en las dos acepciones que puede tener esa expresión: bien que las partes en el litigio estén obligadas a recurrir a él, bien que pueda dar lugar a una solución jurídicamente vinculante para las partes— parece, *a priori*, «desfasado» en relación con el régimen de reservas tal como se adoptó en Viena y, en todo caso, según lo interpretan la mayoría de los Estados. Aunque la función primordial de las reservas consiste en conciliar las exigencias de universalidad de las convenciones abiertas con la integridad de su contenido, resulta claro que los Estados se reservan un amplio poder discrecional en la apreciación de la validez de las reservas e incluso (aunque esto parezca más discutible) en lo que respecta a los efectos de una reserva, sea esta válida o no[131]. El debate sobre la directriz 4.5.2 [4.5.3] (Condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado)[132] celebrado por la Sexta Comisión durante el sexagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General, constituye un ejemplo particularmente ilustrativo de la renuencia de numerosos Estados a aceptar que una reserva inválida pueda surtir efectos objetivos en nombre de una concepción rígida —y discutible[133]— del principio del consensualismo[134].

76. Por lo demás, es preciso reconocer que, al igual que el derecho de los tratados en su conjunto, el derecho de las reservas está muy influido por el principio del consensualismo[135] y que es indudable que a falta de órganos de vigilancia de la aplicación de un tratado[136] o de solución de controversias competentes para apreciar la validez de

[127] Los tratados bilaterales en materia de inversión suelen hacer referencia a este Reglamento. Por ejemplo, el caso *HICEE B.V. c. République slovaque* tramitado ante la Corte Permanente de Arbitraje (www.pca-cpa.org) fue incoado en aplicación del Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, el cual remite al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y, entre muchos otros ejemplos, el caso *European American Investment Bank AG c. République slovaque*, arbitraje también llevado a cabo con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aplicable en virtud del Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Austria y la República Federal Checa y Eslovaca (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1653, n.º 28433, pág. 19). Véase también el artículo 18 del Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos relativo al museo universal de Abu Dhabi, de 6 de marzo de 2007.

[128] En el que se inspira mayormente el compromiso arbitral entre Bélgica y los Países Bajos respecto al asunto de los ferrocarriles *Rhin de fer* (www.pca-cpa.org). Por su parte, el reglamento de la Comisión de Límites entre Eritrea y Etiopía se basa en el Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje (véanse los artículos 4, párr. 11 y 5, párr. 7 del Acuerdo entre el Gobierno de la República Democrática Federal de Etiopía y el Gobierno del Estado de Eritrea, de 12 de diciembre de 2000 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2138, n.º 37274, pág. 93]). Véase también el artículo 16 del Tratado entre el Gobierno de la República de Namibia y el Gobierno de la República de Sudáfrica relativo al establecimiento de un parque transfronterizo, de agosto de 2003.

[129] Véase por ejemplo el Pacto de preadhesión para luchar contra la delincuencia organizada entre los Estados miembros de la Unión Europea y los países candidatos de Europa Central y Oriental, principio 13, o la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la directiva 97/5/CE (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 319, 5 de diciembre de 2007, pág. 1).

[130] Véase la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (ibíd., L 309, 25 de noviembre de 2005, pág. 15).

[131] Véase la elaboración de objeciones de efecto intermedio (véase *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 87, párr. 23 del comentario de la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas); la directriz 3.4.2 (Validez sustantiva de una objeción a una reserva) y su comentario, en *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 106; y la directriz 4.3.6 [4.3.7] (Efectos de una objeción en las disposiciones del tratado distintas de aquellas a que se refiere la reserva) y su comentario (ibíd.) y, en especial, las objeciones de efecto «máximo» (véase *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), págs. 86 y 87, párr. 22 del comentario de la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas); y la directriz 4.3.4 [4.3.5] (No entrada en vigor del tratado entre el autor de la reserva y el autor de una objeción de efecto máximo) y su comentario, en *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 106. En relación con las objeciones de efecto «supermáximo» 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); la directriz 4.3.7 [4.3.8] (Derecho del autor de una reserva válida a no ser obligado a cumplir el tratado sin el beneficio de su reserva) y su comentario, en *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 106; párr. 23 del comentario de la directriz 4.5.1 (Nulidad de una reserva inválida) (ibíd.); y párrs. 3 a 5 y 49 del comentario de la directriz 4.5.2 [4.5.3] (Condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado) (ibíd.).

[132] Las cifras (y en su caso los títulos) entre corchetes remiten a los números y a los títulos de las directrices aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados durante la primera parte del 63.º período de sesiones de la Comisión, en 2011. Para el comentario de la directriz 4.5.2 [4.5.3], véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 106.

[133] Véase ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/624 y Add.1 y 2.

[134] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión,* 19.ª sesión (A/C.6/65/SR.19), 20.ª sesión (A/C.6/65/SR.20) y 21.ª sesión (A/C.6/65/SR.21). Es cierto que, por el contrario, un número equivalente de delegaciones se declararon partidarias de un enfoque más objetivo.

[135] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 8 del comentario de la directriz 2.6.3 [2.6.2] (Facultad para formular objeciones) [Derecho de formular objeciones]); párr. 2 del comentario de la directriz 4.3 (Efectos de una objeción a una reserva válida); y párr. 3 del comentario de la directriz 5.1.7 [5.1.6] (Aplicación territorial de las reservas del Estado sucesor en caso de sucesión respecto de una parte de territorio).

[136] Y, dentro de los límites de sus competencias, véase la directriz 3.2.1 (Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de validez de una reserva) y su comentario, en *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 84.

las reservas[137], con arreglo a un principio muy general del derecho internacional[138], corresponde a cada Estado (u organización internacional) —incluidos el autor de una reserva o de una objeción a una reserva— apreciar, en lo que a ellos respecta, la validez (y, en cierta medida, los efectos) de una reserva. Numerosos Estados siguen prefiriendo este sistema intersubjetivo (que puede no ser del agrado de todos pero que, en opinión del Relator Especial, no es incompatible con el régimen de Viena de las reservas).

77. Parecería entonces poco útil elaborar un régimen complejo de solución obligatoria de controversias en materia de reservas[139]. Es verdad que de esa forma se estaría atendiendo a los deseos de un pequeño número de Estados «virtuosos» que tradicionalmente han recurrido a ese tipo de solución, pero todo hace pensar que iría contra la voluntad de muchos otros Estados que podrían ver en ese régimen un intento solapado de dotar a la Guía de la Práctica de un valor jurídico vinculante que no le corresponde.

2. Ventajas de un mecanismo flexible de asistencia para la solución de controversias en materia de reservas

78. Es cierto que existen diversos medios para el arreglo pacífico de las controversias internacionales y que estos no siempre dan lugar a soluciones jurídicamente vinculantes. Por mencionar únicamente los que enumera el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, la negociación, la investigación, la mediación y la conciliación no se oponen a la voluntad de las partes, incluso si estas se comprometen de antemano a recurrir a tales medios, puesto que las soluciones resultantes carecen de efectos vinculantes.

79. Las convenciones internacionales[140] y las resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad[141] suelen recomendar a los Estados que recurran a uno u otro de estos medios de solución de controversias. Inspirándose en esos precedentes, la Comisión quizás desee recomendar a los Estados y a las organizaciones internacionales[142] que mantienen un desacuerdo en materia de reservas que recurran a uno de sus medios (así como a las modalidades de solución «vinculantes», a saber el arbitraje y el arreglo judicial).

80. Por oportuna que pueda parecer dicha recomendación, ha de reconocerse que no responde a ninguna necesidad específica o propia de las controversias que pueden surgir entre los Estados en materia de reservas. Aunque estos litigios tienen casi siempre un trasfondo político, e

[137] Véase la directriz 3.2.5 (Competencia de los órganos de solución de controversias para evaluar la validez de las reservas), y su comentario, en ibíd.

[138] Véase la opinión consultiva de la CIJ, de 28 de mayo de 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951,* pág. 26 («[L]a apreciación de la legalidad de la reserva corresponde a cada Estado parte en la Convención, y cada uno de ellos ejerce ese derecho individualmente y por su propia cuenta»). Véase también el párrafo 6 de las Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), 58, párr. 157 («La Comisión subraya que esa competencia de los órganos de vigilancia no excluye ni afecta de ninguna manera las modalidades tradicionales de control que, por un lado, pueden aplicar las Partes Contratantes de conformidad con las disposiciones [...] de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 [relativas a las reservas] y, según el caso, los órganos de solución de cualquier controversia que pueda surgir en cuanto a la interpretación o aplicación de los tratados»).

[139] En su segundo informe sobre las reservas a los tratados, el Relator Especial, tras dar cuenta de sus reparos de principio a la inclusión de cláusulas de solución de controversias en el proyecto de la Comisión (véase la nota 121 *supra*), indicó que en lo referente al tema de las reservas el problema se planteaba en términos particulares: «Habida cuenta de lo que antecede, tal vez sea conveniente examinar el establecimiento de mecanismos de solución de controversias en ese ámbito concreto, dado que, de conformidad con la idea del Relator Especial, esos mecanismos podrían preverse en las cláusulas modelo que los Estados podrían incluir en los tratados que concluyesen en lo sucesivo o en un protocolo adicional de firma facultativa que podría incluirse como anexo de la Convención de Viena de 1969» (*Anuario… 1996*, vol. II (primera parte), pág. 53, párr. 50). Actualmente el Relator Especial considera que esta solución, demasiado intrincada y formal, no sería oportuna.

[140] Véase, entre otros, el artículo 65, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969, que remite al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Las actas constitutivas de determinadas organizaciones internacionales prevén mecanismos no vinculantes para la solución de controversias: por ejemplo, el artículo 10 de la Carta de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental; el artículo 26 del Acta Constitutiva de la Unión Africana; y el artículo 37 de la Carta de la Conferencia Islámica (actual Organización de Cooperación Islámica). En cuanto a convenciones relativas a temas más específicos, véanse entre los ejemplos más recientes, el artículo 10 de la Convención sobre Municiones en Racimo; el artículo 66 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; y el artículo 16 de la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, que dan a los Estados la posibilidad de elegir entre las diversas modalidades de solución propuestas.

[141] Véanse especialmente las recomendaciones de la Asamblea General respecto al tema de la responsabilidad penal de los funcionarios y expertos de las Naciones Unidas en misión (resoluciones 63/119, de 11 de diciembre de 2008, y 64/110, de 16 de diciembre de 2009), o de la pesca sostenible, incluso mediante el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, e instrumentos conexos (resolución 63/112, de 5 de diciembre de 2008), o relativas al seguimiento de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares* (resolución 60/76, de 8 de diciembre de 2005), o incluso el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 (resolución 60/1, de 16 de septiembre de 2005). Además, el Consejo de Seguridad recordó *in abstracto* esas obligaciones en su resolución 1887 (2009) sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: no proliferación nuclear y desarme nuclear, de 24 de septiembre de 2009, o durante el examen de ciertas situaciones concretas (resoluciones 1862 (2009) y 1907 (2009), de 14 de enero y 23 de diciembre de 2009, sobre la paz y la seguridad en África. Véase también, Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 17* (A/61/17), anexo II, Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958 [Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras], adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39.º período de sesiones. En el marco del Consejo de Europa, se ha formulado una serie de recomendaciones sobre la cuestión de la interpretación uniforme de los convenios celebrados en ese contexto. Inicialmente, se limitaban a remitir a mecanismos no vinculantes (véase la recomendación 454 (1966) de la Asamblea Consultiva, de 27 de enero de 1966, citada por Wiebringhaus, «L'interprétation uniforme des Conventions du Conseil de l'Europe», pág. 456, mientras que en fecha más reciente se propuso la creación de un mecanismo judicial (véase la Recomendación 1458 (2000) de la Asamblea Parlamentaria, de 6 de abril de 2000, relativa a una interpretación uniforme de los convenios del Consejo de Europa mediante la creación de una autoridad judicial general).

[142] A menos que la Comisión prefiera enviar sus recomendaciones a la Asamblea General, para que esta las «transmita» a los Estados y las organizaciones internacionales; véase el párrafo 100 *supra*.

incluso ideológico, no por ello dejan de presentar características generales bastante específicas:

— Son de carácter sumamente técnico, como pone de manifiesto la complejidad técnica de la Guía de la Práctica en su conjunto;

— Implican un equilibrio, siempre difícil de evaluar, entre las exigencias contradictorias de la apertura del tratado a la participación más amplia posible y la preservación de su integridad; y

— Por ese motivo, suelen requerir soluciones matizadas que no supongan el rechazo total de la postura de una u otra parte (o de unas y otras partes) sino su conciliación o, en todo caso, una solución intermedia que lleve aparejados ajustes a las reservas controvertidas, más que su abandono o su mantenimiento puro y simple[143].

81. El diálogo sobre las reservas[144] es una respuesta adaptada a dichas exigencias matizadas. Constituye una suerte de manifestación concreta de las negociaciones en materia de reservas. Sin embargo, no permite en modo alguno obtener una solución satisfactoria en todos los casos[145]. Así como el bloqueo de las negociaciones directas entre las partes en una controversia de cualquier tipo hace necesario recurrir a un tercero imparcial, también el estancamiento del diálogo sobre las reservas debería inducir a los Estados o las organizaciones internacionales que discrepan sobre la interpretación, la validez o los efectos de una reserva u objeción (o de una aceptación) a recabar la ayuda de un tercero.

82. Dado el carácter generalmente muy técnico de los problemas de que se trata:

— El tercero en cuestión debe poseer las competencias técnicas necesarias para resolverlos (o contribuir a su solución);

— Su intervención sería particularmente útil para los pequeños Estados cuyos servicios no están en condiciones de estudiar las cuestiones a menudo complejas que plantean las reservas (ya se trate de formularlas o de reaccionar a ellas) y no pueden dedicarle ni la atención ni el tiempo necesarios;

— Ello significa que, aparte de su función de asistencia para la solución de las controversias que surjan en materia de reservas, un mecanismo que haga intervenir a un tercero podría cumplir eficazmente una función mixta de asistencia para la solución de las controversias en materia de reservas, por un lado, y de «asistencia técnica» a los Estados que deseen plantear cuestiones relativas a la redacción de las reservas que tengan previsto formular, o sobre cómo proceder frente a las reservas de otros Estados u organizaciones internacionales;

— Esas funciones no excluyen necesariamente otras más clásicas relacionadas con la solución de controversias *stricto sensu*, aunque impliquen un arreglo jurídicamente vinculante, a instancia de todas las partes interesadas y con su consentimiento expreso.

B. Mecanismo propuesto

83. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, parece posible esbozar las grandes líneas de un mecanismo de asistencia en materia de reservas y de objeciones a las reservas (secc. 2 *infra*), mencionando los precedentes existentes y en especial el sentado por el CAHDI en el seno del Consejo de Europa (secc. 1 *infra*).

1. El precedente establecido en el seno del Consejo de Europa

84. Numerosos órganos creados en virtud de tratados (generalmente de protección de los derechos humanos) ejercen funciones de control en cuyo marco tienen la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión de la validez de las reservas formuladas por los Estados partes y las consecuencias de su posible invalidez, ya sea al examinar los informes periódicos presentados por las partes o las denuncias que les presentan los particulares[146]. Por regla general, las conclusiones de dichos órganos carecen de efectos vinculantes para los Estados interesados[147]. No así las formuladas por las jurisdicciones internacionales en sus decisiones vinculantes para las partes[148], y en particular las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[149] y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[150]. No obstante, estas sentencias: *a*) no

[143] Véase el comentario de la directriz 2.1.9 [2.1.2] (Motivación de las reservas) (*Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 91 y 2.6.10 [2.6.9] (Motivación de las objeciones), ibíd., pág. 99); véanse también los ejemplos dados en el párrafo 16 del comentario de la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas) (*Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 85; véanse también los párrafos 14 a 19); de la directriz 2.6.15 [2.6.13] (Objeciones tardías) (*Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 107; y de la directriz 4.5.2 [4.5.3] (Condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado) (*Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 36 del comentario. Véanse también los párrafos 4 a 17 *supra*.

[144] Véase el capítulo I *supra*.

[145] Véanse los párrafos 18 a 21 *supra*.

[146] Véase la directriz 3.2 (Evaluación de la validez de las reservas) y su comentario (*Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 84).

[147] Véase la directriz 3.2.1 (Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de una reserva): «1. Un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado, a los efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, podrá evaluar la validez de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional. 2. Las conclusiones que el órgano formule en el ejercicio de esta competencia tendrán el mismo valor jurídico que el que resulte del ejercicio de su función de vigilancia». Véase también el comentario de esta directriz (ibíd.).

[148] Las jurisdicciones internacionales pueden también pronunciarse mediante opiniones consultivas sobre problemas jurídicos relativos a las reservas, como ponen de manifiesto varios casos bien conocidos (en particular la opinión consultiva de la CIJ, de 28 de mayo de 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951*, pág. 24, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus opiniones consultivas de 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, *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*, y de 8 de septiembre de 1983, OC-3/83, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie A n.º 3*.

[149] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Belilos c. Suisse*, sentencia de 29 de abril de 1988, *série A n.º 132*; *Weber c. Suisse*, sentencia de 22 de mayo de 1990, ibíd., *série A n.º 177*, y *Loizidou c. Turquie* (excepciones preliminares), sentencia de 23 de marzo de 1995, *série A n.º 310*.

[150] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hilaire vs. Trinidad y Tabago*, excepciones preliminares, *serie C n.º 80*, párr. 98. Véase también la sentencia de ese mismo día, *Benjamin y otros vs. Trinidad y Tabago*, excepciones preliminares, *serie C n.º 81*, o la sentencia de 23 de noviembre de 2009, *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, serie C n.º 209*.

solucionan, con carácter general, controversias entre Estados y *b*) son vinculantes para el Estado interesado; desde esos dos puntos de vista, no guardan relación con la problemática que se aborda en la presente sección.

85. Dado que se trata del establecimiento de un mecanismo flexible y especializado, solo sirven de precedentes útiles[151] los dispositivos de examen sistemático de ciertas reservas creados en el marco del Consejo de Europa (bajo los auspicios del CADHI), por un lado, y de la UE (en el seno del Grupo «Derecho Internacional Público»), por otro.

86. Cede, que desempeñó un papel fundamental en la creación de esos mecanismos, lo explica así:

> A la espera de las conclusiones definitivas que se puedan extraer de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, cabe señalar que el análisis y el estudio del derecho y la práctica de las reservas por parte de la Comisión ya han influido considerablemente en el debate sobre este asunto a escala mundial. En vista de la creciente sensibilidad respecto a las reservas a los tratados de derechos humanos y del considerable interés que despierta la complejidad de los problemas jurídicos que suscitan las reservas, actualmente la comunidad internacional presta suma atención a este asunto y a la forma de reaccionar frente a las reservas dudosas, en particular las que generan dudas respecto a su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado en cuestión[152].

87. Poco se sabe acerca de la actividad del Grupo «Derecho Internacional Público» en este ámbito, que consiste principalmente en un intercambio periódico de información y opiniones detalladas entre los miembros de la UE con miras a coordinar sus reacciones frente a reservas consideradas inválidas. Esa concertación puede dar lugar a objeciones modelo, que los Estados participantes son alentados a utilizar[153].

88. Más conocidos son el funcionamiento y las actividades del CADHI en su calidad de Observatorio europeo de reservas a los tratados multilaterales, que publica la mayoría de sus trabajos.

89. A iniciativa de Austria, ese mandato especial del CADHI fue precedido por la creación, en diciembre de 1997, del Grupo de especialistas en reservas a los tratados internacionales[154], al que se ha encomendado la tarea de:

> *a*) Examinar y proponer medios y arbitrios y, eventualmente, directrices generales que permitan a los Estados miembros desarrollar sus prácticas en lo relativo a la reacción frente a las reservas y declaraciones interpretativas real o potencialmente inadmisibles en el marco del derecho internacional; y
>
> *b*) Considerar la posible función del CAHDI como «observatorio» de las reservas a los tratados multilaterales de gran importancia para la comunidad internacional y que plantean problemas en cuanto a la admisibilidad de esas reservas en derecho internacional, y como observatorio también de las reacciones de los Estados miembros del Consejo de Europa que sean partes en esos instrumentos.

90. Siguiendo las recomendaciones formuladas por el Grupo de Expertos[155], el CAHDI funciona desde 1998 como Observatorio europeo de reservas a los tratados multilaterales que tiene gran trascendencia para la comunidad internacional, y sobre las reacciones de los Estados partes que son miembros del Consejo de Europa[156].

91. Desde entonces, un tema del programa de todas las sesiones del CAHDI es «El derecho y la práctica sobre las reservas a los tratados y las declaraciones interpretativas relativas a los tratados internacionales: Observatorio europeo de reservas a los tratados internacionales» y la secretaría preparará una «Lista de reservas y declaraciones a los tratados internacionales susceptibles de recibir objeciones», así como una «Lista de objeciones» para su examen[157]. En esas sesiones, los participantes (es decir, los Estados miembros del Consejo de Europa, además de varios Estados y organizaciones internacionales que asisten como observadores) intercambian opiniones sobre la validez de las reservas que resultan problemáticas y, en su caso, se ponen de acuerdo sobre sus reacciones, e incluso sobre posibles gestiones comunes. Cabe señalar que el CAHDI actúa en calidad de observatorio tanto respecto de las reservas y objeciones a los tratados concluidos bajo los auspicios del Consejo de Europa como respecto de convenciones de carácter universal.

92. En su informe de 2010, el CAHDI señaló lo siguiente:

---

[151] La Asamblea General de la OEA aprobó, en base a los proyectos preparados por el Comité Jurídico Interamericano, la resolución AG/RES. 888 (XVII-O/87), de 14 de noviembre de 1987, Normas sobre Reservas a los Tratados Multilaterales Interamericanos y Reglas para la Secretaría General como Depositaria de Tratados; véase también el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos acerca de las normas sobre reservas a los tratados multilaterales interamericanos y las reglas para la Secretaría General como depositaria de tratados, Consejo Permanente, 19 de agosto de 1987 (OEA/Ser.G, CP/doc.1830/87). Dicha resolución tiene dos partes (una reproduce, *mutatis mutandis*, las normas de las Convenciones de Viena aplicables a las reservas; la otra establece las normas (idénticas a las del artículo 78 de la Convención de 1986 (correspondiente al artículo 77 de la Convención de Viena de 1969) que debe seguir la Secretaría General al cumplir sus funciones de depositaria); en la resolución no se establece un mecanismo de examen de los problemas que plantean las reservas. Su artículo VIII, que adapta ligeramente las disposiciones del párrafo 2 del artículo 78 de la Convención de Viena de 1986 dispone: «De surgir alguna discrepancia entre un Estado y la depositaria acerca del desempeño de sus funciones, la depositaria señalará la cuestión a la atención de los Estados signatarios y de los Estados contratantes o, si corresponde, del órgano competente *de la Organización o del Organismo Especializado Interamericano interesado*» (las partes de esta disposición que se apartan del texto del artículo 78 aparecen en cursiva).

[152] Cede, *loc. cit.*, pág. 25.

[153] Dado que estos intercambios de opiniones no se incorporan a documentos publicados y susceptibles de consulta, se trata de un mecanismo poco conocido. No obstante, véanse las descripciones «desde dentro» hechas por Cede , *loc. cit.*, págs. 28 a 30, y Jean-Paul Jacqué en la exposición sobre el Grupo «Derecho Internacional Público» que presentó al Grupo de especialistas en materia de reservas a los tratados del Consejo de Europa (DI-S-RIT (98) 1, Estrasburgo, 2 de febrero de 1998, «Considerations of reservations to international treaties in the context of the EU: the COJUR», párrs. 137 a 147; véase también Spiliopoulou Åkermark, «Reservations Issues in the Mixed Agreements of the European Community», pág. 387, y Lammers, «The Role of the Legal Adviser of the Ministry of Foreign Affairs. The Dutch Approach and Experience», págs. 193 y 194.

[154] El mandato del Grupo, definido en la 14.ª sesión del CADHI (resolución (97), 4 de septiembre de 1997) fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 16 de diciembre de 1997. La denominación «Grupo de especialistas» (DI-S-RIT) fue reemplazada por la de «Grupo de expertos» (DI-E-RITST) en 1998.

[155] También por sugerencia del Grupo de Expertos el Comité de Ministros aprobó la recomendación n.º R (99) 13, de 18 de mayo de 1999, sobre las reacciones ante las reservas a los tratados internacionales consideradas inadmisibles.

[156] Acerca de la labor que realiza el CAHDI en su carácter de Observatorio de reservas a los tratados véase la nota 57 *supra*. Véase asimismo la descripción del Observatorio de reservas a los tratados formulada por el observador del CAHDI en su declaración ante la Comisión el 16 de julio de 1999 (*Anuario… 1999*, vol. I, 2604.ª sesión, pág. 288, párr. 3).

[157] Para información sobre la última reunión del Comité (41.ª sesión, Estrasburgo, 17 y 18 de marzo de 2011), véanse los documentos CAHDI (2011) 3 y add. prov.

En cuanto a la limitación del uso de las reservas, las excepciones y las declaraciones restrictivas, el CAHDI empezó recientemente a desarrollar dos actividades específicas en calidad de Observatorio europeo de reservas a los tratados internacionales. Desde 1998, examina con carácter periódico una lista de reservas a los tratados internacionales que podrían recibir objeciones, celebrados en el marco del Consejo de Europa o fuera de él. Por lo tanto, los miembros del CAHDI tienen la oportunidad de estudiar periódicamente las reservas y las declaraciones susceptibles de recibir objeciones y de intercambiar opiniones sobre las posiciones de los distintos países. Cada cierto tiempo se presenta al Comité de Ministros una lista de objeciones a esas cláusulas en el marco de los informes resumidos de las reuniones del CAHDI. Esta es una de las principales actividades del Comité[158].

93. Ciertamente este mecanismo, que parece arrojar resultados positivos, constituye un precedente interesante. Sin embargo, no podría extrapolarse simple y llanamente al plano universal, por las siguientes razones:

— El Consejo de Europa es una organización regional integrada por 47 Estados miembros; las Naciones Unidas están compuestas por 192 Estados Miembros, y llegar a acuerdos sobre problemas técnicos de esta índole es, sin duda alguna, más difícil en un marco universal;

— Por otra parte, la solidaridad que existe entre los Estados miembros del Consejo de Europa, su gran proximidad cultural y el hábito de sus representantes de reunirse y trabajar juntos constituyen *a priori* un marco de concertación más eficaz que el que cabría esperar en el plano universal;

— Los Estados miembros del Consejo de Europa son, en general, países ricos que disponen de servicios jurídicos con toda la capacidad técnica necesaria, y una de las principales justificaciones para el establecimiento de un mecanismo de asistencia en materia de reservas es, precisamente, subsanar la falta de recursos y capacidad que constituye una limitación para muchos Estados Miembros de las Naciones Unidas;

— Por último, y lo que es quizás más importante, mientras que el objetivo del Observatorio europeo de reservas a los tratados es formar un «frente» lo más unido posible sobre las reservas formuladas por otros Estados, es evidente que no podría ser esa la función del mecanismo de asistencia previsto aquí: como se desprende de la sección precedente, más bien, se trata por una parte, de prestar asistencia técnica a los Estados que así lo deseen y, por otra, de ayudar a los Estados (y las organizaciones internacionales) a resolver sus divergencias de opinión en materia de reservas, acercando los distintos puntos de vista y proporcionando a los países u organizaciones de que se trate información concreta sobre las normas jurídicas aplicables.

94. Sin embargo, es innegable que la experiencia del Consejo de Europa puede constituir una fuente de inspiración fecunda, principalmente en relación con las siguientes cuestiones:

— Por lo que se puede apreciar desde fuera[159], el CAHDI, como observatorio de reservas a los tratados internacionales, vincula en su labor el rigor técnico con el realismo político;

— Esta situación positiva se debe sin duda a que los miembros del CAHDI son a la vez técnicos muy cualificados y profesionales conscientes de las limitaciones políticas y administrativas que pueden encontrar los Estados en la aplicación de los tratados por los que se encuentran obligados[160];

— Este precedente parece indicar que un mecanismo de cooperación, del que no emana ninguna decisión obligatoria y ni siquiera formal, puede dar resultados positivos y eficaces.

2. Mecanismo de asistencia en materia de reservas y objeciones a las reservas

95. En vista de las consideraciones precedentes, la Comisión podría proponer el establecimiento de un mecanismo de asistencia en materia de reservas y objeciones a las reservas, que tuviera las características que se indican a continuación.

96. En primer lugar, debería tratarse de un mecanismo flexible, al que no fuera obligatorio, en principio, consultar y cuyas recomendaciones no tuvieran carácter vinculante (entendiéndose, sin embargo, que nada debería impedir a los Estados o las organizaciones internacionales que difirieran respecto de la interpretación, la validez o los efectos de la reserva a un tratado, recurrir a él y, llegado el caso, comprometerse a considerar las directrices de la Guía de la Práctica como obligatorias para la solución de su controversia).

97. En segundo lugar, un mecanismo de esa índole debería cumplir una doble función: por un lado, prestar asistencia para resolver diferencias de opinión sobre las reservas y, por otro, ofrecer asesoramiento técnico respecto de las reservas y las reacciones a estas.

98. En tercer lugar, esa asistencia debería estar a cargo de expertos gubernamentales designados en razón de su competencia técnica y experiencia práctica en materia de derecho internacional público y, más específicamente, en derecho de los tratados. Debería ser un órgano de escaso tamaño (integrado, como máximo, por una decena de miembros que participarían en él solo cuando fuera necesario), con una secretaría de dimensiones muy reducidas.

99. En cuarto lugar, no se debería imponer al mecanismo la obligación de aplicar pura y simplemente las disposiciones de las Convenciones de Viena respecto de un Estado no parte ni las directrices de la Guía de la Práctica que no sean obligatorias. Sin embargo, debe quedar en claro que el mecanismo tendrá debidamente en cuenta esas disposiciones y directrices.

---

[158] CAHDI, informe resumido de la 40.ª sesión (Tromsø, 16 y 17 de septiembre de 2010), CM (2010) 139, de 21 de octubre de 2010, anexo 4, párr. 5.

[159] Véase Cede, *loc. cit.*, págs. 30 a 34.

[160] Según Cede, «[s]i bien las decisiones judiciales o las “opiniones” adoptadas por los órganos de control previstos en los tratados no suelen asignar demasiada importancia a las circunstancias políticas de una obligación convencional concreta, los asesores jurídicos, que representan a sus respectivos gobiernos, generalmente sitúan el examen de los problemas que puede presentar una reserva determinada en su contexto global» (ibíd., pág. 34).

100. No obstante, cabe preguntarse si la Comisión debería dirigir sus recomendaciones sobre esta cuestión directamente a los Estados y las organizaciones internacionales, o a la Asamblea General. Si bien que en lo que respecta al diálogo sobre las reservas, el Relator Especial optó por la primera solución[161], en lo relativo a la presente recomendación, opina que no es necesario elegir una de esas dos soluciones y que puede mantenerse una redacción neutra, quedando a cargo de la Asamblea General cualquier decisión sobre el curso que deba seguirse al respecto.

101. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, el proyecto de recomendación que se invita a la Comisión a aprobar podría quedar redactado de la siguiente manera:

«Proyecto de recomendación de la Comisión de Derecho Internacional sobre asistencia técnica y asistencia para la solución de controversias en materia de reservas

***La Comisión de Derecho Internacional*,**

***Habiendo concluido* la elaboración de la Guía de la Práctica sobre las reservas,**

***Consciente* de las dificultades que afrontan los Estados y las organizaciones internacionales en lo que respecta a la interpretación, el examen de la validez y la aplicación de las reservas y las objeciones a las reservas,**

***Apoyando especialmente* el principio según el cual los Estados deben resolver sus controversias internacionales por medios pacíficos,**

***Convencida* de que la aprobación de la Guía de la Práctica debe completarse con el establecimiento de un mecanismo flexible de asistencia a los Estados y a las organizaciones internacionales que afrontan problemas en la aplicación de las normas jurídicas relativas a las reservas,**

1. *Recuerda* que los Estados y las organizaciones internacionales que discrepan sobre la interpretación, la validez o los efectos de una reserva o una objeción a una reserva tienen la obligación de tratar de buscar solución a esa controversia, como cualquier otra controversia internacional, ante todo mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección;

2. *Recomienda* que se establezca un mecanismo de asistencia en materia de reservas y objeciones a las reservas; y

3. *Propone* que ese mecanismo tenga las características que se exponen en el anexo de la presente recomendación.

Anexo

1) Se establece un mecanismo de asistencia en materia de reservas y objeciones a las reservas.

2) El mecanismo estará integrado por diez expertos gubernamentales elegidos en razón de su competencia técnica y su experiencia práctica en derecho internacional público y más específicamente en el derecho de los tratados.

3) El mecanismo se reunirá según sea necesario para examinar los problemas vinculados a la interpretación, la validez o los efectos de las reservas, las objeciones a las reservas o su aceptación, que le presenten los Estados o las organizaciones internacionales interesados. Con esa finalidad, podrá proponer a los Estados que requieran su intervención soluciones para resolver sus divergencias. Los Estados o las organizaciones internacionales que sean parte en una controversia sobre reservas podrán comprometerse a aceptar como obligatorias las propuestas del mecanismo conforme a su reglamento.

4) El mecanismo podrá asimismo prestar asistencia técnica a un Estado o a una organización internacional para formular reservas a un tratado u objeciones a reservas formuladas por otros Estados u organizaciones internacionales.

5) En la elaboración de sus propuestas, el mecanismo tendrá en cuenta las disposiciones relativas a las reservas establecidas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, 1978 y 1986, así como las directrices que figuran en la Guía de la Práctica.»

[161] Véase el párrafo 68 *supra*.

Capítulo III

Guía de la Práctica. Modo de utilización

102. Ya en su primer informe, el Relator Especial señaló que no era indispensable que los trabajos de la Comisión se tradujeran en un proyecto de artículos que pasara a convertirse en una convención elaborada en buena y debida forma y expresó que se inclinaba por un instrumento más flexible que generara menos problemas de articulación con las disposiciones de las Convenciones de Viena sobre las reservas a los tratados[162]. Durante los debates sobre ese primer informe, la Comisión aprobó ese enfoque e hizo suyas las conclusiones que el Relator Especial había extraído de ellos:

487. Al final de su declaración, el Relator Especial resumió como sigue las conclusiones que había extraído del debate de la Comisión sobre el tema en examen:

[...]

b) La Comisión debería tratar de adoptar una guía de la práctica en materia de reservas. De conformidad con el Estatuto de la Comisión y

[162] Véase *Anuario… 1995*, vol. II (primera parte), págs. 166 y 167, párrs. 170 a 182.

su práctica usual, esta guía tomaría la forma de un proyecto de artículos cuyas disposiciones, junto con comentarios, constituirían directrices para la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas; estas disposiciones, de ser necesario, irían acompañadas de cláusulas modelo[163];

c) Las disposiciones que preceden se interpretarán con flexibilidad y, si la Comisión estima que debe desviarse de ellas sustancialmente, presentaría a la Asamblea General nuevas propuestas sobre la forma que podrían tomar los resultados de su labor;

d) Existe consenso en la Comisión en el sentido de que no deben modificarse las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986.

3. Conclusiones generales

488. Estas conclusiones constituyen, a juicio de la Comisión, el resultado del estudio preliminar solicitado por las resoluciones 48/31 y 49/51 de la Asamblea General[164].

Estas conclusiones no han sido nunca cuestionadas por la CDI y fueron aprobadas por casi la totalidad de las delegaciones en la Sexta Comisión de la Asamblea General[165].

103. Sin embargo, en los debates de la Sexta Comisión sobre el tema a menudo ha quedado en evidencia que los representantes de los Estados no tenían una idea clara de los fines perseguidos por la Comisión ni del objetivo de la Guía de la Práctica. Además, en la propia Comisión, parecía a veces que algunos miembros, sin cuestionar nunca las decisiones adoptadas originalmente respecto de la forma y el objetivo de la Guía, no comprendían su concepción general de la misma forma que lo hacían la mayoría de los miembros de la Comisión y su Relator Especial.

104. A fin de intentar aclarar estos malentendidos, se propone insertar en el encabezamiento de la Guía de la Práctica las precisiones siguientes sobre su forma, objetivo y modo de utilización.

105. Se propone incluir en la Guía de la Práctica una introducción que sirva como presentación general y facilite su utilización. Esta introducción, que adoptaría la misma forma que los comentarios sobre las directrices o las introducciones a las diferentes partes o secciones de la Guía podría redactarse de la siguiente manera[166]:

«Introducción

1) La Guía de la Práctica sobre las reservas a los tratados se compone de las directrices aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional que se reproducen a continuación, acompañadas de comentarios. Los comentarios son parte integral de la Guía y constituyen un complemento indispensable de las directrices, que desarrollan y explican. En esta materia altamente técnica y especialmente compleja, es imposible prever todas las cuestiones que pueden plantearse y hacer todas las precisiones que puedan resultar útiles a los profesionales en disposiciones sintéticas, por muy numerosas que sean[167].

2) Como su propio nombre indica, el objetivo de la Guía de la Práctica es ayudar a los profesionales del derecho internacional —encargados de la adopción de decisiones, diplomáticos o abogados (incluidos quienes actúen ante los tribunales nacionales)— que con frecuencia deben afrontar problemas delicados relativos sobre todo a la validez y los efectos de las reservas a los tratados, respecto de los cuales las Convenciones de Viena de 1969, 1986 y 1978 contienen normas incompletas y a veces oscuras y, en una menor medida, sobre las declaraciones interpretativas de las disposiciones de los tratados, a las que no se hace referencia en absoluto en esas Convenciones. Contrariamente a lo que se pensaba en una época, no se trata —al menos no exclusivamente— de informar al lector sobre la práctica (muchas veces imprecisa) seguida en el pasado en esta esfera, sino de orientar al usuario en la búsqueda de soluciones que se ajusten a las disposiciones en vigor (en los casos en que existan) o a las normas que parezcan más aptas para ser objeto de desarrollo progresivo.

3) Al respecto, cabe destacar que, si bien como instrumento o «fuente formal» la Guía de la Práctica carece de carácter obligatorio, las normas enunciadas en las directrices tienen grados de obligatoriedad muy variados y un valor jurídico muy diverso[168]:

— Algunas directrices reproducen pura y simplemente ciertas disposiciones de las Convenciones de Viena, que a su vez enuncian normas consuetudinarias poco discutibles[169] —bien porque ya tenían carácter consuetudinario en el momento de su inclusión en las Convenciones[170] o porque lo adquirieron posteriormente—, y por lo tanto, son obligatorias en razón de ese carácter para todos los Estados u organizaciones internacionales, sean o no partes en esas Convenciones, salvo que se trate de normas no imperativas[171];

— Otras disposiciones de las Convenciones de Viena son obligatorias para las partes en dichos

[163] La idea de incluir cláusulas modelo en la Guía de la Práctica fue finalmente abandonada.

[164] *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párrs. 487 y 488.

[165] Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo período de sesiones (A/CN.4/472 Add.1), párr. 147, y resolución 50/45 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1995, párr. 4.

[166] Si la Comisión lo considerara necesario, este proyecto de introducción podría enviarse al Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados establecido al comienzo del 63.º período de sesiones de la Comisión, en 2011. En el caso contrario, se incluiría en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones y sería examinado en el plenario con motivo de la aprobación del informe.

[167] La presente Guía contiene 199 [180] directrices.

[168] Esta variedad de grados de obligatoriedad es demasiado amplia y la distribución de las directrices en esas diferentes categorías demasiado incierta para que sea posible seguir la sugerencia que se ha hecho con frecuencia, especialmente en los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General, de distinguir entre las directrices que reflejan la *lex lata* y las que se han formulado *de lege ferenda*.

[169] Tal es el caso, por ejemplo, de una norma fundamental según la cual un Estado o una organización internacional no pueden formular una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado. Esta disposición figura en el apartado *c* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, y se reproduce en la directriz 3.1.

[170] Véanse, por ejemplo, la directriz 2.5.1 (Retiro de las reservas) que retoma las disposiciones enunciadas en el párrafo 1 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

[171] La norma enunciada en la directriz 2.2.1 (Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado), que retoma *mutatis mutandis* el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención de Viena, parece haber adquirido ese carácter consuetudinario desde la aprobación de la Convención en 1969.

instrumentos aunque su carácter consuetudinario sea discutible[172]; su inclusión en la Guía de la Práctica debería contribuir a su consagración como normas consuetudinarias;

— En ciertos casos, las directrices de la Guía de la Práctica completan las disposiciones de las Convenciones, que no prevén las modalidades de su aplicación, aunque esas normas tienen en sí mismas un valor consuetudinario indiscutible[173] o se imponen por razones lógicas evidentes[174];

— En otros casos, las directrices versan sobre cuestiones no abordadas en las Convenciones, aunque enuncian normas cuyo carácter consuetudinario apenas admite discusión[175];

— A veces las normas incorporadas en las directrices se proponen claramente *de lege ferenda*[176], y en algunos casos se basan en prácticas que se han desarrollado al margen de las Convenciones de Viena[177];

— Por último, otras normas constituyen simples recomendaciones y solo persiguen el objetivo de propiciar un curso de acción determinado[178].

4) Esta última categoría de directrices pone de relieve una de las características fundamentales de la Guía de la Práctica. Ese tipo de disposiciones no tendría cabida en un proyecto de artículos tradicional pensado para convertirse, llegado el caso, en tratado: los tratados no se redactan en condicional[179]. Sin embargo, el problema no se plantea en esos términos: como su propio nombre indica, y como se desprende también de la palabra «directrices», no se trata de un instrumento obligatorio, sino de un *vade mecum*, una caja de herramientas en la que los negociadores de tratados o los encargados de su aplicación deberían encontrar respuestas a las preguntas prácticas que plantean las reservas, las reacciones a las reservas y las declaraciones interpretativas, quedando entendido que esas respuestas son más o menos ciertas en derecho positivo, según el caso, y que los comentarios muestran las dudas que pueden existir en cuanto a su certeza o la oportunidad de una solución.

5) Teniendo en cuenta estas características, es evidente que las normas enunciadas en la Guía de la Práctica no impiden en absoluto que los Estados y las organizaciones internacionales dejen de lado, de común acuerdo, aquellas disposiciones que les parezcan inapropiadas respecto de un tratado en particular. Al igual que las propias disposiciones de las Convenciones de Viena, las de la Guía tienen, en el mejor de los casos, un carácter supletorio de la voluntad. De todos modos, ninguna tiene carácter imperativo ni es una norma de *jus cogens*; por lo tanto, siempre pueden dejar de ser aplicadas por voluntad de todos los Estados (y las organizaciones internacionales) interesados.

6) En virtud del consenso alcanzado en 1995, que no ha vuelto a cuestionarse desde entonces, la Comisión entendió que, al elaborar la Guía de la Práctica, no correspondía modificar ni excluir las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986[180], que se incorporan en su totalidad en la Guía. Sin embargo, ello también ha tenido consecuencias en la concepción misma de la Guía y, en particular, en los comentarios sobre las directrices.

7) En efecto, dado que la intención era preservar y aplicar las disposiciones de Viena, era necesario formular ciertas aclaraciones al respecto. Por esta razón, en los comentarios se exponen en gran medida los trabajos preparatorios de las tres Convenciones, que contribuyen a aclarar el sentido de sus disposiciones y a explicar sus omisiones.

8) En general, los comentarios son extensos y detallados. Además de un análisis de los trabajos preparatorios de las Convenciones de Viena, incluyen una exposición de la jurisprudencia, la práctica y la doctrina correspondientes[181], y explican el texto finalmente adoptado; asimismo, contienen gran cantidad de ejemplos. La extensión de esos comentarios, a menudo criticada, ha parecido necesaria en razón de la gran complejidad técnica de los problemas que se tratan. La Comisión desea que los profesionales encuentren efectivamente la respuesta a los interrogantes que podrían plantearse[182].

9) Cabe señalar que la lectura de los comentarios solo es útil si la respuesta a los interrogantes que se

[172] Es el caso, en gran medida, de las directrices 2.1.3 (Formulación de una reserva [Representación a los fines de la formulación de una reserva en el plano internacional]) o 2.1.5 (Comunicación de las reservas) que retoman, *mutatis mutandis*, el texto de los artículos 7 y 23 de la Convención de 1986, o de la directriz 2.6.13 [2.6.12] (Plazo para formular una objeción).

[173] Se puede considerar que la definición de «determinadas reservas» que figura en la directriz 3.1.2 ha adquirido carácter consuetudinario. Véase también la directriz 3.1.13 [3.1.5.7] (Reservas a las cláusulas convencionales de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado).

[174] Véase, por ejemplo, la directriz 2.8.2 [2.8.7] (Aceptación unánime de las reservas), que es consecuencia inevitable del párrafo 3 del artículo 20 de las Convenciones de 1969 y 1986.

[175] Véase, por ejemplo, la directriz 4.4.2 (Falta de efecto en los derechos y obligaciones dimanantes de una norma de derecho internacional consuetudinario).

[176] Véanse, por ejemplo, las directrices 1.2.2 [1.2.1] (Declaraciones interpretativas formuladas conjuntamente) o 3.4.2 (Validez sustantiva de una objeción a una reserva).

[177] Véanse, por ejemplo, las directrices 4.2.2 (Efecto del establecimiento de la reserva en la entrada en vigor del tratado) o 4.3.6 [4.3.7] (Efectos de una objeción en las disposiciones del tratado distintas de aquellas a que se refiere la reserva), en relación con las objeciones «de efecto intermedio».

[178] Esas directrices siempre están redactadas en modo condicional; véanse, por ejemplo, las directrices 2.1.9 (Motivación) [Motivación de las reservas] o 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas).

[179] Puede haber excepciones (véase el artículo 7 de la Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas o el artículo 16 del Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional), aunque casi nunca están justificadas.

[180] *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 487.

[181] Dado el largo tiempo transcurrido entre la inclusión del tema en el programa de la Comisión y la aprobación definitiva de la Guía de la Práctica, los comentarios han sido revisados y, en la medida de lo posible, actualizados al 31 de diciembre de 2010.

[182] Por el mismo motivo, la Comisión no dudó en mantener ciertas repeticiones en los comentarios para facilitar la consulta y la utilización de la Guía de la Práctica.

plantean no surge del texto mismo de las directrices (o si este resulta de difícil interpretación en un caso en particular). Es por esta razón por la que las directrices figuran en primer lugar sin comentarios al comienzo de la Guía de la Práctica, y quien consulte la Guía debe remitirse primero a sus epígrafes, que han sido concebidos para dar una idea lo más exacta posible de su contenido[183].

10) La Guía de la Práctica se divide en cinco partes (numeradas del 1 al 5), que siguen un orden lógico:

— La primera parte trata de la definición de las reservas y las declaraciones interpretativas, así como de la distinción entre estos dos tipos de declaraciones unilaterales; trata también brevemente de ciertas declaraciones unilaterales que se formulan en relación con los tratados, pero que no constituyen ni reservas ni declaraciones interpretativas, y de las alternativas posibles a unas y otras; como se establece expresamente en la directriz 1.6 [1.8], esas definiciones se entienden sin perjuicio de la validez y de los efectos [jurídicos] de las declaraciones a las que se refiere esta primera parte;

— La segunda parte trata de la forma y el procedimiento que deben seguirse en materia de reservas y declaraciones interpretativas, así como de las reacciones a unas y otras (las objeciones a las reservas y la aceptación de las reservas; y la aprobación, la recalificación o la oposición a una declaración interpretativa);

— La tercera parte trata de la validez sustantiva de las reservas y las declaraciones interpretativas, así como de las reacciones a unas y otras y enuncia los criterios que permiten evaluar esa validez, acompañados de ejemplos comentados sobre los tipos de reserva cuya validez es, con mayor frecuencia, objeto de opiniones divergentes de los Estados; las directrices precisan asimismo las modalidades de evaluación de la validez de las reservas y las consecuencias de su invalidez;

— La cuarta parte trata de los efectos jurídicos de las reservas y las declaraciones interpretativas, según sean válidas (en cuyo caso una reserva queda «establecida» si es aceptada) o no; en esta misma parte se analizan los efectos de la objeción a una reserva o de la aceptación de una reserva;

— La quinta parte completa la única disposición que la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 1978, dedica a las reservas —el artículo 20 sobre el destino de las reservas en los casos de sucesión de un Estado por otro de reciente independencia— y adapta y extiende las soluciones previstas en ella a los casos de unificación y separación de Estados; en esta última parte se abordan también los problemas planteados por las objeciones a las reservas o su aceptación y por las declaraciones interpretativas en relación con la sucesión de Estados;

— Por último, se reproducen en dos anexos, por un lado, el texto de las recomendaciones aprobadas por la Comisión en relación con el diálogo sobre las reservas, y por otro, las recomendaciones sobre asistencia técnica y asistencia para la solución de controversias en materia de reservas.

11) En cada parte, las directrices se agrupan en secciones (que comienzan por un número de dos cifras, el primero de los cuales indica la parte de que se trata y el segundo la sección correspondiente dentro de esa parte[184]). En principio, las directrices están identificadas con un número de tres cifras dentro de cada sección[185].»

[183] El Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados que se reunió en la primera parte del 63.º período de sesiones de la Comisión, en 2011, prestó especial atención a ese aspecto.

[184] Por lo tanto, la sección 3.4 trata de la «Validez sustantiva de las reacciones a las reservas»; el número 3 indica que se trata de la tercera parte y el número 4 que se trata de la cuarta sección de esa parte. Cuando una sección comienza con una directriz de carácter muy general que abarca la totalidad del contenido de esta, esa directriz lleva el mismo epígrafe y el mismo número que la sección en que se encuentra (es lo que ocurre, por ejemplo, con la directriz 3.5 «Validez sustantiva de una declaración interpretativa»).

[185] En el caso excepcional de las directrices que ilustran con ejemplos la determinación de la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado (que es objeto de la directriz 3.1.6 [3.1.5], las directrices llevan un número de cuatro cifras. Lo mismo ocurre con la directriz 3.1.6.1 [3.1.5.2] sobre las reservas vagas y generales: el número 3 remite a la tercera parte; el primer número 1 a la sección 1 de esa parte titulada «Validez sustantiva de las reservas»; el número 6 [5] a la directriz más general 3.1.6 [3.1.5] (Determinación del objeto y el fin del tratado), mientras que el segundo número 1 indica que se trata del primer ejemplo de esta directriz.

LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/639 y Add.1

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

[Original: español/francés/inglés]
[15 de febrero y 29 de marzo de 2011]

ÍNDICE

Página

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento 37

Párrafos

INTRODUCCIÓN 1-4 38

COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LOS GOBIERNOS 38

A. Comentarios y observaciones generales 38
Alemania 38
Australia 38
Austria 38
Bangladesh 39
Estados Unidos 39
Finlandia 39
Francia 39
Malasia 40
Noruega 40
Nueva Zelandia 41
Portugal 41
Reino Unido 41
República de Corea 42
Suiza 42

B. Comentarios y observaciones sobre secciones específicas de la Guía de la Práctica y sobre proyectos concretos de directrices 42
Sección 1 (Definiciones) 42
Francia 42
Directriz 1.1 (Definición de las reservas) 42
Francia 42
Directriz 1.1.1 (Objeto de las reservas) 43
Francia 43
Directriz 1.1.3 (Reservas de alcance territorial) 43
Francia 43
Nueva Zelandia 43
Reino Unido 44
Directrices 1.1.5 (Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor), *1.1.6* (Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes) y *1.1.8* (Reservas hechas en virtud de cláusulas de exclusión) 45
Malasia 45
Directriz 1.1.5 (Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor) 45
Francia 45

Página

Directriz 1.1.6 (Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes) ... 45
Francia ... 45
Directriz 1.1.8 (Reservas hechas en virtud de cláusulas de exclusión) ... 45
Reino Unido ... 45
Directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) ... 46
Francia ... 46
Reino Unido ... 46
Directriz 1.2.1 (Declaraciones interpretativas condicionales) ... 46
Francia ... 46
Reino Unido ... 46
Directriz 1.3 (Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas) ... 46
Francia ... 46
Directriz 1.3.2 (Enunciado y denominación) ... 47
Francia ... 47
Directriz 1.4.1 (Declaraciones que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales) ... 47
Francia ... 47
Directriz 1.4.2 (Declaraciones unilaterales que tienen por objeto agregar nuevos elementos al tratado) ... 47
Malasia ... 47
Directriz 1.4.3 (Declaraciones de no reconocimiento) ... 47
Francia ... 47
Directriz 1.4.4 (Declaraciones de política general) ... 47
Francia ... 47
Directriz 1.4.5 (Declaraciones relativas a la aplicación de un tratado en el ámbito interno) ... 47
Francia ... 47
Reino Unido ... 47
Directriz 1.5.1 («Reservas» a los tratados bilaterales) ... 48
Francia ... 48
Directriz 1.7.1 (Alternativas a las reservas) ... 48
Malasia ... 48
Directrices 1.7.1 (Alternativas a las reservas) y *1.7.2* (Alternativas a las declaraciones interpretativas) ... 48
Reino Unido ... 48
Directriz 2.1.1 (Forma escrita) ... 48
Francia ... 48
Directriz 2.1.2 (Forma de la confirmación formal) ... 48
Francia ... 48
Directriz 2.1.4 (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas) ... 48
Francia ... 48
Directriz 2.1.5 (Comunicación de las reservas) ... 48
Francia ... 48
Directriz 2.1.7 (Funciones del depositario) ... 48
Malasia ... 48
Directriz 2.1.8 (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente inválidas) ... 49
Francia ... 49
Malasia ... 49
Reino Unido ... 49
Directriz 2.2.1 (Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado) ... 49
Francia ... 49
Sección 2.3 (Reservas tardías) ... 49
Austria ... 49
Directriz 2.3.1 (Formulación tardía de una reserva) ... 50
Francia ... 50
Reino Unido ... 50
Directriz 2.3.2 (Aceptación de la formulación tardía de una reserva) ... 50
Reino Unido ... 50

Página

Directriz 2.3.3 (Objeción a la formulación tardía de una reserva) 50
Francia 50
Directriz 2.3.4 (Exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas) 50
Malasia 50
Directriz 2.3.5 (Ampliación del alcance de una reserva) 51
Francia 51
Malasia 51
Sección 2.4 (Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas) 51
Francia 51
Directriz 2.4.0 (Forma de las declaraciones interpretativas) 51
Francia 51
Malasia 51
Directriz 2.4.3 (Momento en que se puede formular una declaración interpretativa) 51
Francia 51
Directriz 2.4.4 (Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas hechas en el momento de la firma de un tratado) 51
Francia 51
[Directriz 2.4.5 (Confirmación formal de las declaraciones interpretativas condicionales formuladas en el momento de la firma de un tratado)*]* 52
Francia 52
Directriz 2.4.6 (Formulación tardía de una declaración interpretativa) 52
Malasia 52
[Directriz 2.4.7 (Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales)*]* 52
Francia 52
[Directriz 2.4.8 (Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional)*]* 52
Francia 52
Directriz 2.4.9 (Modificación de una declaración interpretativa) 52
Malasia 52
[Directriz 2.4.10 (Limitación y ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional)*]* 52
Francia 52
Directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas) 52
Francia 52
Directriz 2.5.4 (Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional) 52
Francia 52
Directriz 2.5.13 (Retiro de una declaración interpretativa condicional) 52
Francia 52
Directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas) 52
Finlandia 52
Francia 53
Directriz 2.6.2 (Definición de las objeciones a la formulación tardía o a la ampliación tardía del alcance de una reserva) 54
Francia 54
Directriz 2.6.3 (Facultad para formular objeciones) 54
Austria 54
Portugal 54
Directriz 2.6.4 (Facultad para oponerse a la entrada en vigor del tratado con respecto al autor de la reserva) 54
Austria 54
Portugal 54
Directriz 2.6.5 (Autor) 54
Portugal 54
Directriz 2.6.10 (Motivación) 54
Portugal 54
Directriz 2.6.14 (Objeciones condicionales) 54
Francia 54
Portugal 54
Directriz 2.6.15 (Objeciones tardías) 55
Portugal 55

Página

Directriz 2.8.0 (Formas de aceptación de las reservas) 55
Portugal 55
Directriz 2.8.1 (Aceptación tácita de las reservas) 55
Francia 55
Portugal 55
Directriz 2.8.7 (Aceptación de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional) 55
Portugal 55
Directriz 2.8.8 (Órgano competente para aceptar una reserva a un instrumento constitutivo) 55
Portugal 55
Directriz 2.8.11 (Reacción de un miembro de una organización internacional a una reserva al instrumento constitutivo) 55
Francia 55
Sección 2.9 (Formulación de reacciones a las declaraciones interpretativas) 56
Francia 56
Portugal 56
Directriz 2.9.1 (Aprobación de una declaración interpretativa) 56
Portugal 56
Directriz 2.9.2 (Oposición a una declaración interpretativa) 56
El Salvador 56
Portugal 56
Directriz 2.9.3 (Recalificación de una declaración interpretativa) 57
El Salvador 57
Portugal 57
Directriz 2.9.4 (Facultad para formular una aprobación, una oposición o una recalificación) 57
Francia 57
Portugal 57
Directriz 2.9.6 (Motivación de la aprobación, la oposición y la recalificación) 58
Malasia 58
Directrices 2.9.8 (Falta de presunción de aprobación o de oposición) y *2.9.9* (El silencio respecto de una declaración interpretativa) 58
Portugal 58
Directriz 2.9.9 (El silencio respecto de una declaración interpretativa) 58
Francia 58
Nueva Zelandia 58
Reino Unido 58
[Directriz 2.9.10 (Reacciones a las declaraciones interpretativas condicionales)*]* 58
Francia 58
Portugal 58
Sección 3 (Validez de las reservas y declaraciones interpretativas) 59
Francia 59
Directriz 3.1 (Validez sustantiva de una reserva) 59
Francia 59
Directriz 3.1.1 (Reservas expresamente prohibidas por el tratado) 59
Francia 59
Directrices 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) 59
Francia 59
Reino Unido 59
Directriz 3.1.5 (Incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado) 60
Francia 60
Directriz 3.1.6 (Determinación del objeto y el fin del tratado) 60
Francia 60
Directriz 3.1.7 (Reservas vagas o generales) 60
Francia 60
Directriz 3.1.8 (Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria) 60
Reino Unido 60

Página

Directriz 3.1.9 (Reservas contrarias a una norma de *jus cogens*) 60
Francia 60
Directriz 3.1.11 (Reservas relativas al derecho interno) 60
Francia 60
Directriz 3.1.12 (Reservas a los tratados generales de derechos humanos) 61
El Salvador 61
Reino Unido 61
Directriz 3.1.13 (Reservas a las cláusulas convencionales de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado) 61
Reino Unido 61
Directriz 3.2 (Evaluación de la validez sustantiva de las reservas) 61
Austria 61
Francia 61
Directrices 3.2.1 (Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de una reserva), *3.2.2* (Determinación de la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de las reservas), *3.2.3* (Cooperación de los Estados y las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados), *3.2.4* (Organismos competentes para evaluar la validez de las reservas en caso de que se cree un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado) y *3.2.5* (Competencia de los órganos de solución de controversias para evaluar la validez de las reservas) 62
Reino Unido 62
Directriz 3.2.1 (Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de una reserva) 62
Francia 62
Directriz 3.2.2 (Determinación de la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de las reservas) 62
Francia 62
Reino Unido 62
Directriz 3.2.3 (Cooperación de los Estados y las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados) 62
Reino Unido 62
Directriz 3.2.4 (Organismos competentes para evaluar la validez de las reservas en caso de que se cree un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado) 62
Francia 62
Directriz 3.3 (Consecuencias de la falta de validez de una reserva) 63
Alemania 63
Francia 63
Directriz 3.3.1 (Invalidez de las reservas y responsabilidad internacional) 63
Francia 63
Directriz 3.3.2 (Efecto de la aceptación individual de una reserva inválida) 63
Alemania 63
El Salvador 63
Directriz 3.3.3 (Efecto de la aceptación colectiva de una reserva inválida) 64
Australia 64
Austria 64
El Salvador 64
Estados Unidos 64
Francia 65
Nueva Zelandia 65
Reino Unido 65
Suiza 65
Directriz 3.4.1 (Validez sustantiva de la aceptación de una reserva) 66
Alemania 66
Australia 66
Estados Unidos 66
Francia 66
Directriz 3.4.2 (Validez sustantiva de una objeción a una reserva) 66
Francia 66
Directriz 3.5 (Validez sustantiva de una declaración interpretativa) 67
Francia 67

Página

[Directrices 3.5.2 (Condiciones de validez sustantiva de una declaración interpretativa condicional) y *3.5.3* (Competencia para apreciar la validez sustantiva de una declaración interpretativa condicional)] 67
Francia 67
Estados Unidos 67
Portugal 67
Directriz 3.6 (Validez sustantiva de las reacciones a una declaración interpretativa) 67
Francia 67
Portugal 68
Directriz 3.6.1 (Validez sustantiva de la aprobación de una declaración interpretativa) 68
Francia 68
Directriz 3.6.2 (Validez sustantiva de la oposición a una declaración interpretativa) 68
Francia 68
Sección 4 (Efectos jurídicos de las reservas y las declaraciones interpretativas) 68
Francia 68
Directriz 4.1 (Establecimiento de una reserva con respecto a otro Estado u organización) 68
Austria 68
Francia 68
Sección 4.2 (Efectos de una reserva establecida) 68
Australia 68
Bangladesh 68
Directriz 4.2.1 (Condición del autor de una reserva establecida) 68
Australia 68
El Salvador 68
Francia 69
Portugal 69
Directriz 4.2.2 (Efecto del establecimiento de la reserva en la entrada en vigor del tratado) 69
Australia 69
El Salvador 69
Francia 69
Portugal 69
Directriz 4.2.3 (Efecto del establecimiento de una reserva en la condición de su autor como parte en el tratado) 70
El Salvador 70
Francia 70
Directriz 4.2.4 (Efecto de una reserva establecida en las relaciones convencionales) 70
El Salvador 70
Directriz 4.2.5 (Aplicación no recíproca de las obligaciones a que se refiere la reserva) 70
El Salvador 70
República de Corea 71
Directriz 4.3 (Efectos de una objeción a una reserva válida) 71
Estados Unidos 71
Directriz 4.3.1 (Efectos de una objeción en la entrada en vigor del tratado entre su autor y el autor de la reserva) 71
Francia 71
Directriz 4.4.3 (Falta de efecto en una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)) 71
Francia 71
Sección 4.5 (Consecuencias de una reserva inválida) 71
Australia 71
Bangladesh 71
Finlandia 72
Directriz 4.5.1 (Nulidad de una reserva inválida) 72
Alemania 72
Australia 72
El Salvador 72
Finlandia 73
Francia 73
Noruega 74
Portugal 74
República de Corea 74

Página

Directriz 4.5.2 (Condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado) 74
Alemania 74
Australia 75
Austria 75
El Salvador 76
Estados Unidos 76
Finlandia 79
Francia 80
Noruega 80
Portugal 80
Reino Unido 80
República de Corea 81
Suiza 81
Directriz 4.5.3 (Reacciones a una reserva inválida) 81
Australia 81
El Salvador 81
Estados Unidos 81
Finlandia 82
Francia 82
Portugal 82
República de Corea 82
Directriz 4.7.1 (Aclaración de los términos del tratado por una declaración interpretativa) 82
Malasia 82
Directriz 4.7.2 (Efectos de la modificación o el retiro de una declaración interpretativa con respecto a su autor) 83
Malasia 83
Sección 5 (Reservas, aceptaciones de las reservas y objeciones a las reservas, y declaraciones interpretativas en caso de sucesión de Estados) 83
Australia 83
Austria 83
Francia 83
Malasia 84
Portugal 84
Reino Unido 84

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	Fuente
Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de junio de 1919)	Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, n.º 1, febrero de 1920, pág. 3.
Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 33, n.º 521, pág. 261.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.
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.
Protocolo Adicional n.º 2 que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929 modificado por el Protocolo hecho en La Haya el 28 de septiembre de 1955 (Montreal, 25 de septiembre de 1975)	Ibíd., vol. 2097, n.º 6943, pág. 63.
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 la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983)	Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1983* (n.º de venta: S.90.V.1), pág. 154.
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.

Introducción

1. En su 62.º período de sesiones (2010), la Comisión de Derecho Internacional completó la aprobación provisional del conjunto de directrices que integran la Guía de la Práctica sobre las reservas a los tratados[1]. En su informe a la Asamblea General, la Comisión indicó que tenía el propósito de aprobar la versión definitiva de la Guía de la Práctica en su 63.º período de sesiones (2011) y que, a esos efectos, tomaría en consideración las observaciones que los Estados y las organizaciones internacionales, así como los órganos con los cuales la Comisión mantiene relaciones de cooperación, habían formulado desde el comienzo del examen del tema, además de las nuevas observaciones que la secretaría de la Comisión recibiera antes del 31 de enero de 2011. También en su 62.º período de sesiones, la Comisión indicó en su informe que agradecería en particular las observaciones de los Estados y las organizaciones internacionales sobre las directrices aprobados ese año y señaló especialmente a su atención las directrices incluidas en las secciones 4.2 (Efectos de una reserva establecida) y 4.5 (Consecuencias de una reserva inválida) de la Guía de la Práctica[2].

2. En el párrafo 3 de su resolución 65/26, de 6 de diciembre de 2010, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia de que la Comisión dispusiera de sus observaciones sobre los diversos aspectos de, entre otros temas, el relativo a «Las reservas a los tratados», en especial sobre todas las cuestiones concretas mencionadas en relación con dicho tema en el capítulo III del informe de la Comisión sobre su 62.º período de sesiones. Por otra parte, en el párrafo 4 de la citada resolución la Asamblea invitó a los gobiernos a que comunicaran a la secretaría de la Comisión, a más tardar el 31 de enero de 2011, cualquier nueva observación sobre el conjunto de directrices que constituyen la Guía de la Práctica sobre las reservas a los tratados, aprobada provisionalmente por la Comisión en su 62.º período de sesiones, en 2010, con miras a aprobar la versión definitiva de la Guía en el 63.º período de sesiones, en 2011.

3. En el presente informe se reproducen los comentarios y observaciones remitidos a la secretaría de la Comisión por los Gobiernos de los siguientes Estados: Alemania (31 de enero de 2011); Australia (31 de enero de 2011); Austria (9 de febrero de 2011); Bangladesh (17 de enero de 2011); El Salvador (6 de enero de 2011); Estados Unidos (14 de febrero de 2011); Finlandia (31 de enero de 2011); Francia (4 de marzo de 2011); Malasia (17 de marzo de 2011); Noruega (1º de febrero de 2011); Nueva Zelandia (23 de marzo de 2011); Portugal (6 de enero de 2011); Reino Unido (23 de febrero de 2011); República de Corea (15 de febrero de 2011), y Suiza (1º de febrero de 2011).

4. Los comentarios y observaciones que se reproducen a continuación están organizados por temas, empezando por los de carácter general, para continuar con los comentarios y observaciones sobre secciones específicas de la Guía de la Práctica y sobre proyectos concretos de directrices[3].

[1] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 45. El texto del conjunto completo de directrices aprobado provisionalmente por la Comisión se reproduce en el párrafo 105, en el que también se hace referencia, en las notas, a las secciones pertinentes de los informes de la Comisión donde se reproduce el texto de los comentarios a los distintos directrices que constituyen la Guía de la Práctica.

[2] Ibíd., párr. 25.

[3] En el presente documento, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados se referirá como la Convención de Viena de 1969; la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, como la Convención de Viena de 1978, y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, como la Convención de Viena de 1986.

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

A. Comentarios y observaciones generales

Alemania

Alemania se muestra muy agradecida por los inmensos logros de la Comisión en el complejo asunto de las reservas a los tratados. El proyecto de directrices y los informes de la Comisión sobre el tema constituirán un exhaustivo manual de la jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y la doctrina, que será válido por muchos años. El análisis en profundidad que se realiza en los informes y la Guía de la Práctica ya ha contribuido a aclarar muchos debates jurídicos y académicos en esta esfera.

Australia

1. Australia acoge positivamente las directrices de la Comisión que integran la Guía de la Práctica sobre las reservas a los tratados y que se aprobaron provisionalmente en su 62.º período de sesiones, en 2010. Australia desearía expresar su agradecimiento a la Comisión por la labor de elaboración de las directrices que se recogen en su informe. Australia considera que las directrices desempeñarán una importante función práctica en relación con el establecimiento y mantenimiento de relaciones convencionales por los Estados al aclarar uno de los aspectos más complejos del derecho de los tratados, a saber, los efectos de las reservas y de la aceptación de las objeciones a ellas. Preocupan a Australia algunos aspectos de las directrices en su forma actual, aunque confía en que los comentarios que se indican a continuación contribuyan a los esfuerzos de la Comisión por darles una forma definitiva.

2. Australia felicita a la Comisión por sus logros hasta la fecha. Asimismo, confía en que sus comentarios sirvan de ayuda a la Comisión para finalizar las directrices, con miras a que se aprueben en su 63.º período de sesiones. La Guía de la Práctica de la Comisión, junto con sus comentarios, está llamada a ser de gran utilidad para los Estados y las organizaciones internacionales.

Austria

1. Las declaraciones formuladas anteriormente por Austria en los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea

General relativos a la labor de la CDI sobre las reservas a los tratados siguen reflejando detalladamente la posición de Austria al respecto. Los presentes comentarios se centran en los ámbitos que Austria considera especialmente importantes, contemplando las directrices en su conjunto y desde una perspectiva actual. Además, Austria formula observaciones sobre varias directrices en relación con las cuales la Comisión solicitó comentarios específicos de los Estados.

2. Lo que los funcionarios de las oficinas jurídicas de los ministerios de relaciones exteriores y las organizaciones internacionales necesitan realmente es una guía concisa sobre las reservas. En lo que respecta a la aplicación práctica de las directrices, Austria se pregunta por la posible dificultad de trabajar con ellos, dado su carácter exhaustivo y la existencia de gran número de referencias cruzadas. Cuanto más complejas sean las directrices, menos probable será que se acepten y apliquen en la práctica. Por tanto, Austria sugiere seguir pensando en modos de hacerlas más accesibles para los usuarios y alienta encarecidamente a la Comisión a que simplifique las actuales directrices. Con carácter muy general, Austria propone que se definan y distingan más claramente los conceptos de reservas establecidas, reservas válidas sustantivamente y reservas válidas formalmente, incluidos sus efectos jurídicos y los efectos que en ellas tienen las posibles reacciones que susciten. Además, sería útil dejar bien claro qué directrices tienen carácter interpretativo y están destinadas a esclarecer las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 y cuáles constituyen nuevas recomendaciones que van más allá de las obligaciones previstas en la Convención de Viena.

Bangladesh

1. La cuestión de las reservas es uno de los asuntos más espinosos del derecho de los tratados. Aunque las condiciones y consecuencias de las reservas están bastante bien reguladas en la Convención de Viena de 1969 y la Convención de Viena de 1986, en muchas cuestiones ha seguido reinando la ambigüedad, como ha demostrado la evolución posterior de los acontecimientos. Esto es especialmente cierto en el caso de las reacciones y objeciones de otras partes a las reservas inválidas sustantiva o formalmente. La Comisión ha acertado al abordar esta cuestión con el fin de arrojar luz sobre estos y otros problemas, basándose esencialmente en la intención y las prácticas de los Estados.

2. Las directrices presentadas en el 62.º período de sesiones de la Comisión, en 2010, son extraordinariamente útiles para comprender mejor las disposiciones de las convenciones relativas a las reservas.

Estados Unidos

1. Los Estados Unidos felicitan calurosamente al Relator Especial por la impresionante labor realizada en relación con las directrices sobre las reservas a los tratados que han sido aprobados provisionalmente. Tras examinar en profundidad la Guía de la Práctica aprobada provisionalmente por la Comisión, saltan a la vista los enormes esfuerzos realizados por el Sr. Pellet y los miembros de la Comisión. Los Estados Unidos agradecen profundamente la oportunidad de ofrecer nuevas observaciones sobre las directrices y los correspondientes comentarios. Las observaciones que se indican a continuación tienen por objeto completar la declaración realizada en la Sexta Comisión durante el sexagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General, sobre todo en lo que respecta a las cuestiones que, a juicio de los Estados Unidos, deberían seguir examinándose en la CDI, así como ofrecer varias sugerencias técnicas para mejorar la Guía de la Práctica antes de que la Comisión la apruebe en su versión definitiva.

2. Una de las preocupaciones sustantivas de los Estados Unidos se refiere al trato de las declaraciones interpretativas y, en particular, las declaraciones interpretativas condicionales. En cuanto a las declaraciones interpretativas en general, los Estados Unidos no apoyan la creación de una estructura rígida como la que se ha propuesto, ya que, a su juicio, puede socavar la flexibilidad con la que los Estados realizan actualmente ese tipo de declaraciones.

3. Los Estados Unidos también desearían plantear varias cuestiones y observaciones técnicas sobre las directrices. Los Estados Unidos apoyan los esfuerzos que en muchos casos ha realizado la Comisión para aclarar cuándo sus propuestas de directrices están destinadas a reflejar la práctica existente de los Estados o, por el contrario, cuándo se proponen ir más allá de dicha práctica estatal. En este sentido, siguen alentando a la Comisión a que aclare sus criterios en todas las directrices.

4. Aunque las directrices llevan elaborándose desde hace largo tiempo, los Estados Unidos alientan encarecidamente a la Comisión a que otorgue la debida atención adicional a las cuestiones planteadas por los Estados Unidos en sus comentarios, y por otros Estados, antes de dar por concluida su labor. Por último, aunque las observaciones de los Estados Unidos subrayan algunas de sus principales preocupaciones en relación con las directrices, los Estados Unidos seguirán examinando la labor de la Comisión y ofrecerán, en su caso, las observaciones adicionales que procedan.

Finlandia

1. Finlandia desea expresar su gratitud a la Comisión y al Relator Especial, Alain Pellet, por su denodado esfuerzo en relación con el tema de las reservas a los tratados, y agradece a la Comisión la oportunidad que le brinda de formular comentarios sobre las directrices de la Guía de la Práctica. El tema de las reservas inválidas es de particular interés para Finlandia, y la contribución que se expone a continuación se centra en este importante asunto.

2. Una vez más, Finlandia desea expresar su agradecimiento a la Comisión y al Relator Especial por su experta labor a la hora de elaborar las directrices. Asimismo, espera con interés que la versión definitiva de las directrices se apruebe en el curso del presente año.

Francia

1. En primer lugar, Francia desea nuevamente encomiar a la Comisión y a su Relator Especial por la calidad y la precisión de los trabajos realizados en esta materia. En efecto, la Guía de la Práctica sobre las reservas a los tratados está llamada a convertirse en un instrumento práctico esencial para los Estados y las organizaciones internacionales.

2. Francia ha seguido con enorme interés los trabajos llevados a cabo por la Comisión en esta materia, y en el curso de su examen, ha formulado observaciones orales en el seno de la Sexta Comisión de la Asamblea General. Como respuesta a la solicitud mencionada, a continuación se presentan al Secretario General sus comentarios y observaciones sobre el texto de las directrices que constituyen la Guía de la Práctica, aprobada en primera lectura por la Comisión en 2010.

3. Tras estos 15 años de trabajo, Francia considera necesario reiterar su apreciación general de la Guía de la Práctica y recordar los comentarios que ha formulado en la Sexta Comisión sobre algunas directrices.

4. Francia, que sigue reconociendo el régimen de reservas consagrado en la Convención de Viena de 1969, acoge con beneplácito que la Comisión haya decidido hacer suyo este régimen con miras a colmar las lagunas y sin ponerlo en tela de juicio, puesto que, en efecto, el régimen de Viena parece adaptarse a todo tipo de tratados, sea cual sea su objeto o su fin, incluidos los tratados relativos a los derechos humanos. La Guía de la Práctica servirá, pues, para completar las disposiciones pertinentes de la Convención relativas a las reservas a los tratados (arts. 19 a 23).

5. El objetivo de la Guía de la Práctica es ayudar a los Estados, sin que por ello dicha labor haya de plasmarse en una convención internacional. Francia reafirma su clara preferencia por un documento en el que los Estados puedan inspirarse, si lo desean, y al que puedan remitirse si lo consideran necesario.

6. Tal como ya ha dicho Francia ante la Sexta Comisión, el término «*directive*» en la versión francesa no parece el más apropiado para describir las disposiciones de una guía de la práctica no vinculante. Parece que serían más apropiadas las palabras «*lignes directrices*».

7. Aparte de estas observaciones generales, Francia desea también recordar sus comentarios más precisos sobre algunos directrices que actualizó en 2011. No obstante, Francia se reserva la posibilidad de referirse más detalladamente a algunos proyectos desde ahora hasta que terminen los trabajos sobre la Guía de la Práctica en segunda lectura.

Malasia

1. Malasia reconoce que la Convención de Viena de 1969, la Convención de Viena de 1978, y la Convención de Viena de 1986, que consagran los principios fundamentales relativos a las reservas a los tratados, guardan silencio acerca de los efectos de las reservas sobre la entrada en vigor de los tratados, problemas que afectan al objeto particular de algunos tratados, las reservas a los tratados de codificación y los problemas derivados de técnicas convencionales concretas. Por lo tanto, Malasia aprecia la labor que está realizando la Comisión para aclarar esas cuestiones y seguir ampliando la orientación al respecto.

2. En este sentido, Malasia apoya la labor realizada por la Comisión en relación con la Guía de la Práctica. La cristalización de las directrices ya pone de manifiesto que las directrices prometen ser de utilidad para ayudar a los Estados a formular e interpretar las reservas a los tratados. Malasia señala que, en su 62.º período de sesiones, en 2010, la Comisión aprobó provisionalmente el conjunto completo de directrices de la Guía. Asimismo, recuerda las invitaciones hechas a los Estados para que siguieran formulando observaciones acerca del conjunto completo de directrices sobre esta materia aprobados provisionalmente en 2010. Por consiguiente, Malasia aprecia la oportunidad que la Comisión brinda a los Estados y a las organizaciones internacionales de seguir formulando observaciones y cree que la Comisión solo puede elaborar un conjunto de directrices universalmente aceptable si los Estados cumplen su papel de aportar sus comentarios y ejemplos concretos de los efectos de las directrices sobre la práctica de los Estados.

3. Malasia desea reiterar las opiniones que ya expresó en los períodos de sesiones sexagésimo cuarto y sexagésimo quinto de la Asamblea General en relación con las organizaciones internacionales. En este sentido, puesto que la facultad de las organizaciones internacionales para celebrar tratados depende en gran medida de lo dispuesto en el convenio constitutivo de la organización internacional y el mandato otorgado a esta, las organizaciones internacionales no tienen necesariamente una capacidad o responsabilidad similar a la de los Estados. Malasia opina, pues, que se debería desarrollar un régimen discreto que regule la cuestión en relación con esas entidades y que ese régimen no debería formar parte de las directrices en este momento.

4. Malasia también desea señalar a la atención de la Comisión que en el pasado los Estados solo han tenido la oportunidad de estudiar las directrices dentro del contexto suministrado por la Comisión. A su juicio, el conjunto de directrices sobre el tema debería considerarse en su totalidad para tener la certeza de que se han abordado todas las cuestiones globalmente, puesto que están interrelacionadas. Esto es particularmente aplicable al caso porque la labor sobre las directrices ha durado 12 años y solo recientemente, desde el 62.º período de sesiones de la Comisión, se ha puesto a disposición de los Estados el conjunto completo de directrices aprobadas provisionalmente para que lo examinen. Sin embargo, en vista del reducido plazo para poder examinar las directrices en su conjunto, Malasia querría reservarse el derecho a formular nuevas declaraciones sobre todas ellas.

5. En definitiva, Malasia desearía aprovechar esta oportunidad para instar a todos los Estados a que den a conocer sus valiosas opiniones acerca del tema con el fin de mejorar el actual régimen internacional sobre las reservas a los tratados, así como para ayudar a la Comisión a ultimar las directrices.

Noruega

1. Noruega considera que la calidad de la labor realizada por el Relator Especial, Alain Pellet, en relación con el tema «Las reservas a los tratados» es digna de mención. Su resultado representará la conclusión de una esfera de trabajo especialmente importante de la Comisión. Noruega está convencida de que las directrices aprobadas por la Comisión y los informes elaborados por el Relator Especial serán de utilidad para los Estados y las organizaciones internacionales.

2. Noruega entiende que la labor de la Comisión y el Relator Especial sobre este tema y las consiguientes directrices son suficientemente clarificadoras y se basan en criterios cuidadosamente equilibrados. Por consiguiente, pueden ser de ayuda para los Estados en su práctica futura en materia de reservas. Noruega opina que el texto actual, en el que pueden introducirse pequeñas modificaciones, ofrece una base sólida para el examen y la aprobación final de la Guía de la Práctica en el 63.º período de sesiones de la Comisión, en 2011.

Nueva Zelandia

1. Nueva Zelandia aprecia la ingente labor que ha requerido la elaboración de la Guía de la Práctica y desea expresar su agradecimiento, en especial, al Relator Especial, Alain Pellet.

2. La Guía de la Práctica será un instrumento extremadamente valioso para los Estados en este complejo aspecto del derecho de los tratados. Dicho esto, Nueva Zelandia entiende que la Guía constituye una aplicación práctica de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y no tiene por objeto modificarlas.

3. Nueva Zelandia acoge con beneplácito la oportunidad de formular comentarios acerca de la Guía de la Práctica de la Comisión y le agradece a esta su labor.

Portugal

1. La Comisión es digna de encomio por haber aprobado provisionalmente el conjunto completo de directrices de la Guía de la Práctica sobre las reservas a los tratados. Portugal también desearía rendir homenaje al Sr. Pellet por su contribución al tema y la calidad de la labor realizada. Esta obra magna será de la máxima utilidad para los Estados y las organizaciones internacionales cuando deban abordar la compleja cuestión de las reservas.

2. Portugal apoya con firmeza la Guía de la Práctica en su conjunto. Al responder a la petición que la Comisión cursó a los Estados para que formularan observaciones sobre las directrices, Portugal ofrecerá comentarios concretos sobre algunos temas que, en su opinión, tal vez merezcan un examen final por la Comisión antes de que se apruebe la Guía de la Práctica.

Reino Unido

1. El Reino Unido manifiesta su gratitud y encomio al Sr. Pellet y al Comité de Redacción por la labor que han realizado en relación con las directrices y sus comentarios. Los 16 informes han captado un gran caudal de materiales y prácticas y han tratado de marcar un derrotero práctico frente a una serie de complejas cuestiones. El Reino Unido ha formulado varios comentarios a lo largo de los años en los debates de la Comisión y querría que la Comisión los tuviera en cuenta. En la presente nota se hace hincapié en algunas de las principales observaciones del Reino Unido y también se formulan nuevos comentarios sobre la totalidad de esta labor.

2. El título «Guía de la Práctica» es ambiguo y debería aclararse; se trata de una guía de la práctica que se debe seguir, es decir, de las prácticas consideradas deseables, tanto antiguas como nuevas. Así lo confirman la Asamblea General y el Relator Especial cuando dicen que las directrices están concebidas «para la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas».

3. Debería haber una sección introductoria a los comentarios en la que se indicara el enfoque adoptado y el fin que se persigue, así como la condición jurídica de las directrices. En particular, debería haber una clara declaración en la que se confirme que las directrices constituyen una orientación para los Estados, basada en el estudio de la práctica que ha realizado la Comisión, pero que por sí mismas no constituyen declaraciones normativas. Esta sección introductoria también podría resultar útil si incluyera una declaración sobre la relación de la Guía de la Práctica con las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. El Reino Unido entiende que la Guía tiene por objeto ofrecer orientación sobre la puesta en práctica del marco de las Convenciones de Viena, es decir, impartir orientación sobre la aplicación e interpretación de ese marco y, cuando sea necesario, impartir orientación para complementarlo, sin proponer enmiendas a ese régimen.

4. Asimismo, como suele ocurrir con los instrumentos de la Comisión que contienen tanto elementos de codificación como de desarrollo progresivo, algunos aspectos de la Guía constituyen una descripción de la práctica en vigor y otros presentan propuestas para establecer una nueva práctica. El Reino Unido no considera que esta Guía de la Práctica sea *de lege lata*. En la medida en que se presenten propuestas para establecer una nueva práctica, debería haber una sección introductoria que incluyera una clara declaración en la que se indique que esas propuestas tienen por objeto servir de orientación solamente para la práctica en el futuro y no pretenden producir ningún efecto sobre los ejemplos de la práctica en vigor que no se adecuen a ellas. Además, el Reino Unido estima que la Comisión debería incluir en los comentarios relativos a cada una de las directrices una declaración sobre el grado en que reflejan la práctica en vigor o constituyen propuestas para establecer una nueva práctica.

5. Otra observación general se refiere a los previsibles usuarios de las directrices. El presente proyecto de directrices tiene una complejidad considerable y establece algunas distinciones sutiles en su terminología (por ejemplo, «validez sustantiva» y «validez», «formulación» y «establecimiento», «objeciones» y «reacciones» y «oposición»). Si bien reconoce plenamente la complejidad del asunto, el Reino Unido estima que si el texto es excesivamente minucioso, se corre el riesgo de no llegar al lector común y, por tanto, de privar a la labor de parte de su indudable utilidad práctica. Por consiguiente, el Reino Unido insta a la Comisión a que, cuando sea posible, trate de simplificar el texto para asegurar su máxima accesibilidad y utilidad (por ejemplo, véanse los comentarios que aparecen a continuación sobre las «condiciones interpretativas condicionales» y la sección 5 sobre la sucesión de Estados).

6. En consonancia con la orientación práctica de la labor, el Reino Unido apoya el enfoque de la Comisión de incluir cláusulas modelo (con la orientación apropiada sobre su uso) junto a algunas de las directrices. En verdad,

el Reino Unido insta a la Comisión a que trate de aportar cláusulas modelo de manera más sistemática en toda la Guía, ya que esto realzará la utilidad práctica de la labor y contribuirá a impartir claridad a la práctica de los Estados.

7. Por último, el Reino Unido señala que el quid de la cuestión de estas directrices y del tema de las reservas a los tratados en general es la condición jurídica de las reservas inválidas que se trata en la directriz 4.5.2. El Reino Unido ha tomado nota de las opiniones expresadas por los Estados en el debate del informe de la Comisión celebrado en 2010 y volverá sobre el tema para ampliar las ideas que expresó en la Sexta Comisión (véanse las observaciones a la directriz 4.5.2 *infra*).

República de Corea

1. La República de Corea ha formulado reservas a alrededor de 27 tratados multilaterales, de los cuales 24 todavía están en vigor.

2. Las reservas se pueden dividir en varias categorías: las circunstancias especiales con respecto a la República Popular Democrática de Corea; la reciprocidad con los gobiernos extranjeros; la armonía con la legislación nacional; la exclusión de privilegios o inmunidades de los nacionales que son funcionarios de organizaciones internacionales o gobiernos extranjeros en el país; y la reducción de las responsabilidades que afectan gravemente a los intereses nacionales.

Suiza

1. En primer lugar, Suiza desea expresar su agradecimiento a la Comisión y su admiración por el ingente trabajo que está a punto de terminar. En este sentido, está convencida de la gran utilidad de la Guía de la Práctica para el desarrollo del derecho de los tratados.

2. Suiza no desea en modo alguno que sus observaciones se interpreten como una crítica de la labor de la Comisión, sino como una contribución constructiva a la Guía de la Práctica en la materia, cuya redacción hace votos para que concluya en un futuro inmediato.

B. Comentarios y observaciones sobre secciones específicas de la Guía de la Práctica y sobre proyectos concretos de directrices

Sección 1 (Definiciones)

Francia

1. Es preciso no confundir la definición de las reservas con las condiciones de su «validez». El hecho de definir una declaración unilateral como una reserva no prejuzga evidentemente su «validez». Solo cuando la declaración unilateral ha sido calificada de reserva es posible pronunciarse sobre su «validez». Algunas declaraciones unilaterales son a todas luces reservas. No necesariamente están autorizadas por el tratado al que se refieren. Se trata de otro problema.

2. El Relator Especial ha continuado su labor de elaboración de definiciones y Francia acoge con agrado esa orientación. Muchas de las cuestiones que hoy se plantean proceden de definiciones imprecisas que conviene aclarar. Aunque la distinción entre reserva y declaración interpretativa es importante, también resulta útil distinguir entre las reservas y otro tipo de actos, que hasta ahora no han sido bien definidos o han sido definidos de manera exigua. En la medida en que el estudio que se está llevando a cabo actualmente está vinculado a las definiciones, parece importante, en efecto, que el vocabulario jurídico se utilice con el mayor rigor posible. En particular, la palabra «reserva» se debe utilizar únicamente para las declaraciones que responden a los criterios precisos de la definición de la directriz 1.1. Esta labor de definición, particularmente importante, determinará el ámbito de aplicación de las reglas relativas al régimen de las reservas. No obstante, conviene insistir en la necesidad de que las nuevas directrices aprobadas completen los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969, sin modificar su espíritu en lo esencial.

Directriz 1.1 (Definición de las reservas)

Francia

1. La reserva es un acto unilateral (una declaración unilateral) formulado por escrito y realizado en el momento en que el Estado o la organización internacional manifiestan su consentimiento en obligarse por el tratado y cuyo fin es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado. Mientras que el primer criterio (acto unilateral formulado por escrito) no suscita particulares dificultades, los otros dos criterios (el momento y el fin) son indudablemente más problemáticos. Por lo que se refiere al momento, parece necesario impedir que el Estado o la organización internacional formulen reservas en cualquier momento, pues ello podría dar lugar a una gran inseguridad jurídica en las relaciones convencionales. Por lo tanto, es indispensable elaborar una lista exhaustiva y rigurosa de los momentos en que se puede formular una reserva, que no es lo que realmente hacen las definiciones que figuran en las Convenciones de Viena, puesto que en ellas se han omitido algunas hipótesis. En lo que respecta al fin, se puede admitir que una reserva pretenda limitar, modificar e incluso a veces excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado. La definición adoptada por el Relator Especial en su informe parece abarcar esas hipótesis. No obstante, sería preferible emplear el verbo «restringir» en lugar del verbo «modificar». Así, la modificación de los efectos jurídicos se produce en un sentido restrictivo.

2. Indudablemente es preferible distinguir bien al autor de la reserva, según se trate de un Estado o de una organización internacional, para evitar toda confusión. Por ejemplo, el acto de confirmación formal no se aplica a los Estados, sino a las organizaciones internacionales. En cambio, la ratificación no se aplica a las organizaciones internacionales, sino a los Estados. En consecuencia, serían necesarios dos párrafos que se refirieran respectivamente a los Estados y a las organizaciones internacionales.

3. La definición de las reservas recogida por la Comisión parece exhaustiva y completa útilmente los instrumentos convencionales pertinentes.

Directriz 1.1.1 (Objeto de las reservas)

FRANCIA

1. Francia está totalmente de acuerdo con la redacción propuesta por el Relator Especial, es decir, que una reserva puede referirse a una o más disposiciones de un tratado o, de forma más general, a la manera en que un Estado o una organización internacional pretenden aplicar el tratado. Se puede admitir que una reserva pueda tener un alcance general, en el sentido de que no se aplique solamente a una o varias disposiciones del tratado al que se refiere. Esta cuestión hace a la definición de las reservas y no a su validez. Sin embargo, cuando un Estado formula una reserva de esa índole, no se puede sino dudar de su compromiso, buena fe y voluntad de aplicar efectivamente el tratado. En la práctica, las reservas que suscitan más dificultades no son las que se refieren a una o más disposiciones del tratado, sino las que tienen un carácter más general.

2. Francia es favorable a esta directriz. Se toman así en consideración las reservas transversales que, partiendo de su enunciado, no se pueden vincular a disposiciones convencionales precisas y que, sin embargo, no vacían al tratado de su contenido. La utilidad de esas reservas queda demostrada en la práctica y era necesario distinguirlas de las reservas generales que privan al compromiso de su contenido.

3. La directriz 1.1.5, relativa a las declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor, así como la directriz 1.1.6, relativa a las declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes, son satisfactorias en cuanto al fondo. No obstante, bien cabe preguntarse si su presentación como directrices separadas es verdaderamente útil. En efecto, elucidan el término «modificar», tal como se lo utiliza en la directriz que define las reservas (1.1) y en la que precisa su objeto (1.1.1), como lo hacen igualmente la directriz relativa a las declaraciones que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales (1.4.1) y la relativa a las declaraciones unilaterales que tienen por objeto agregar nuevos elementos al tratado (1.4.2). Todas estas disposiciones confirman que no puede entenderse que el término «modificar», en el contexto de la definición de las reservas, tenga por objeto la extensión por parte del Estado autor de la reserva tanto de sus obligaciones convencionales como de los derechos que deriva del tratado. Por lo tanto, la modificación introducida por una reserva, si no consiste en establecer un medio equivalente, tan solo puede implicar una limitación del compromiso. Parece pues, que las directrices 1.1.5 y 1.1.6 podrían convertirse en nuevos párrafos en la directriz 1.1.1 relativa al objeto de las reservas.

Directriz 1.1.3 (Reservas de alcance territorial)

FRANCIA

Las conclusiones a las que llegó el Relator Especial sobre lo que denomina «reservas de alcance territorial», tema especialmente complejo y controvertido, son aceptables. En efecto, si el fin de la declaración unilateral es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en un determinado territorio, esa declaración debe considerarse una reserva. Por tanto, se podrá entender que el Estado que formule una declaración relativa a la aplicación *ratione loci* de un tratado ha formulado una reserva al tratado en cuestión. En la Convención de Viena de 1969 no se dice que las reservas deban afectar únicamente a la aplicación *ratione materiae* del tratado. Sin duda, las reservas pueden referirse a la aplicación *ratione loci* del tratado. En el supuesto contemplado por el Relator Especial, el Estado consiente en la aplicación del tratado en su integridad *ratione materiae*, salvo por lo que se refiere a uno o más territorios no obstante sometidos a su jurisdicción. En ausencia de esa reserva, el tratado en el que el Estado pasa a ser parte es aplicable a todo su territorio y ello conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969, que establece el principio de que un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo. Por un lado, este artículo no prohíbe que el Estado limite el alcance territorial de su compromiso. Por otro lado, este artículo no prejuzga la cuestión de la calificación jurídica de la declaración formulada por el Estado. No es necesario que las «reservas de alcance territorial» sean autorizadas expresamente por el tratado. No hay que interpretar el artículo 29 de la Convención de Viena de manera demasiado restrictiva.

NUEVA ZELANDIA

1. Nueva Zelandia desea formular un comentario específico sobre la directriz 1.1.3 [1.1.8]. Nueva Zelandia no considera que esta directriz refleje de forma apropiada la práctica establecida por los Estados sobre la extensión a los territorios de las obligaciones dimanadas de los tratados.

2. Nueva Zelandia ha tenido responsabilidades internacionales con respecto a varios territorios durante el siglo XX. Esos territorios han sido las Islas Cook, Niue, Tokelau y el antiguo territorio en fideicomiso de Samoa Occidental. Desde el 1º de enero de 1962, Samoa ha sido un Estado soberano plenamente independiente que ha asumido la responsabilidad de celebrar tratados. Las Islas Cook y Niue, tras los actos de libre determinación supervisados por las Naciones Unidas, son autónomos con una relación de libre asociación con Nueva Zelandia y han adquirido capacidad para celebrar tratados por derecho propio[1]. Tokelau sigue incluido en la lista de territorios no autónomos de las Naciones Unidas (tras dos referendos supervisados por las Naciones Unidas en los que no se obtuvo la mayoría requerida para que Tokelau pasase a ser autónomo en régimen de libre asociación con Nueva Zelandia).

3. En muchas ocasiones en el curso de los años, Nueva Zelandia formuló declaraciones sobre la aplicación de los tratados a esos territorios, incluso cuando se habían prohibido o restringido expresamente las reservas.

[1] Por medio de una nota de 10 de diciembre de 1988 dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, Nueva Zelandia comunicó que a partir de esa fecha ningún tratado firmado, ratificado, aceptado o aprobado por Nueva Zelandia o al que este país se adhiriera se aplicaría a las Islas Cook o Niue, a menos que el tratado fuera objeto de firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión expresamente en nombre de las Islas Cook o de Niue.

Nueva Zelandia acepta que una declaración relativa a la aplicación territorial de un tratado que tenga por objeto que se aplique solamente parte de un tratado a un territorio pueda ser considerada como una reserva a los efectos del artículo 2, apdo. *d*, de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, Nueva Zelandia no apoya la tesis de que una declaración que excluya la aplicación de un tratado en su totalidad a un territorio deba catalogarse como reserva. A juicio de Nueva Zelandia, esa declaración no se refiere a los efectos jurídicos del tratado en su aplicación a Nueva Zelandia. Simplemente determina la forma en la que debe interpretarse la expresión «territorio de Nueva Zelandia» a los efectos de ese tratado. Las obligaciones jurídicas impuestas por el tratado quedan inalteradas en la medida en que hayan sido asumidas por Nueva Zelandia. Nueva Zelandia estima que una declaración que excluya la aplicación a un territorio de un tratado en su totalidad simplemente establece una «intención diferente» con respecto a la aplicación territorial del tratado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención y excluye por completo la aplicación del tratado en el territorio en cuestión.

4. Si las exclusiones territoriales se consideraran reservas, ello no solamente sería contrario a la práctica de larga data establecida por los Estados y a la práctica de los tratados de las Naciones Unidas, sino que tendría efectos prácticos contrarios a los objetivos normativos propiciados por las Naciones Unidas. Por ejemplo, en el caso de Tokelau, ello significaría: *a*) que se impediría que Nueva Zelandia pasase a ser parte en un tratado a menos que Tokelau estuviera dispuesto a obligarse por él, o *b*) que la decisión de Nueva Zelandia se impondría a Tokelau, lo cual contravendría los acuerdos constitucionales y administrativos entre Tokelau y Nueva Zelandia, sobre los que Nueva Zelandia sigue presentando informes a las Naciones Unidas conforme a lo dispuesto en el Artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Nueva Zelandia considera que la práctica de otros Estados que han sido responsables de los asuntos internacionales de territorios (como Dinamarca, los Países Bajos y el Reino Unido) se conforma estrechamente a la suya propia.

Reino Unido

1. El Reino Unido formuló numerosos comentarios sobre esta directriz en 1999 y sigue observando las mismas dificultades que ya expresó en aquel momento. A juicio del Reino Unido, una declaración relativa al alcance de la aplicación territorial de un tratado no constituye una reserva a ese tratado. Conforme se indica claramente en el artículo 2, apdo. *d*, de la Convención de Viena de 1969, una declaración o manifestación puede constituir una reserva si se formula «con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de *ciertas disposiciones*[*] del tratado en su aplicación» al Estado interesado. Por lo tanto, una declaración o manifestación que excluya por completo la aplicación de un tratado a un territorio determinado no constituiría una reserva, puesto que no se refiere a los efectos jurídicos de las disposiciones del tratado. Más bien pretende excluir la «norma supletoria» sobre la aplicación territorial que se consigna en el artículo 29 de la Convención (que cae fuera del ámbito de la sección 2 de la segunda parte sobre las reservas), en el que se establece lo siguiente:

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

El efecto de esta disposición es claramente que, a menos que se determine una intención diferente, un tratado será vinculante para cada una de las partes con respecto a su territorio tanto metropolitano como no metropolitano.

2. El Reino Unido considera que el procedimiento en virtud del cual, mediante la ratificación, un Estado formula una declaración con respecto al efecto territorial o al alcance del acto de ratificación, que de larga data ha sido conocido y aceptado en la práctica de los Estados, establece expresamente una «intención diferente», en las palabras del artículo 29 de la Convención de Viena. Las características esenciales de esta práctica son las siguientes:

a)—Cuando un tratado multilateral no contiene ninguna disposición expresa relativa a su aplicación territorial, la práctica del Reino Unido y la de algunos otros Estados con territorios no metropolitanos internamente autónomos (como Dinamarca, Nueva Zelandia y los Países Bajos) consiste en mencionar expresamente en sus instrumentos de ratificación o en las declaraciones que los acompañan los territorios a los que se aplica el tratado (u ocasionalmente especificar los territorios a los que no se aplica el tratado);

b)—Cuando un territorio no metropolitano que no se mencione en el momento de la ratificación eventualmente desea participar en el tratado, se envía una notificación al respecto por separado al depositario;

c)—Se sigue la misma práctica en los casos en los que el tratado correspondiente prohíbe las reservas o las restringe a determinadas disposiciones.

3. Algunos ejemplos de esta práctica se citaron en las observaciones del Reino Unido a la Comisión en 1999. El Reino Unido no tiene conocimiento de ningún caso en el que un Estado haya formulado una contradeclaración o haya formulado objeción a una declaración o texto en un instrumento de ratificación presentado por otro Estado relativo a la aplicación territorial de un tratado (excepto cuando se oponga a la inclusión de un territorio concreto mencionado por causa de una pretensión competitiva de soberanía sobre dicho territorio).

4. La práctica de larga tradición del Reino Unido (al menos desde 1967) en relación con los tratados multilaterales que guardan silencio sobre la aplicación territorial consiste en especificar en el instrumento de ratificación (o adhesión) los territorios con respecto a los cuales se ratifica el tratado (o con respecto al cual se produce la adhesión). Se pueden incluir (o excluir) territorios en una etapa posterior por medio de una notificación directa hecha por el Reino Unido al depositario. Asimismo, cabe destacar que esas «declaraciones» también han recibido un tratamiento separado de las «reservas» por parte de las Naciones Unidas en el cumplimiento de las funciones de depositario.

Directrices 1.1.5 (Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor), 1.1.6 (Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes) y 1.1.8 (Reservas hechas en virtud de cláusulas de exclusión)

MALASIA

Con respecto a las directrices 1.1.5, 1.1.6 y 1.1.8, Malasia opina que la redacción de las directrices parece contemplar los casos en los que una declaración unilateral equivale a una reserva. En opinión de Malasia, la definición que figura en estas directrices no debería prejuzgar en modo alguno la naturaleza de la declaración unilateral en cuestión desde el principio, ya que debe hacerse referencia a los efectos que se pretende que tengan estas declaraciones unilaterales a fin de determinar su condición. Asimismo, con el fin de establecer el carácter y la condición de esa declaración unilateral, Malasia opina que los Estados quizá podrían recurrir a las directrices 1.3.1 (Método de aplicación de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas), 1.3.2 (Enunciado y denominación) y 1.3.3 (Formulación de una declaración unilateral cuando una reserva está prohibida). Por tanto, estas definiciones pueden no resultar apropiadas, puesto que tienden a imponer restricciones a los Estados en la fase inicial misma al establecer que esas declaraciones unilaterales equivalen a reservas aunque esa no haya sido la intención de los Estados.

Directriz 1.1.5 (Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor)

FRANCIA

1. Este proyecto parece estar bien encaminado. Una declaración unilateral que tiene por objeto limitar las obligaciones impuestas al Estado por el tratado y, correlativamente, limitar los derechos que los demás Estados partes en el tratado pueden derivar de este constituye claramente una reserva.

2. Si la declaración unilateral conduce a una extensión de las obligaciones del Estado autor de la declaración, sería algo difícil hablar de «reserva». Se trata más bien de un compromiso unilateral del Estado de ir más allá de lo que le impone el tratado. La declaración unilateral en cuestión no tiene por objeto excluir, limitar, ni siquiera modificar, en un sentido restrictivo en todo caso, ciertas disposiciones del tratado.

3. En cambio, el problema es algo diferente si el Estado pretende, sobre la base de una declaración unilateral, ampliar sus derechos, es decir, los derechos que deriva del tratado. Esta hipótesis, que difícilmente se puede concebir, evidentemente no está contemplada en las disposiciones de la Convención de Viena de 1969. Conviene distinguir entre derecho convencional y derecho consuetudinario. Es imposible concebir que un Estado pueda modificar en su favor el derecho internacional consuetudinario codificado por el tratado en el que pasa a ser parte formulando una reserva a tal efecto. En lo que concierne al derecho convencional, la hipótesis no se aleja totalmente de la realidad y la Comisión quizá pudiera examinarla, así como los medios de los que dispondrían los demás Estados partes en el tratado para oponerse a esa situación. Dicho esto, parece muy difícil hablar de «reserva» en este caso, tanto más cuanto que esas declaraciones, si se aceptara calificarlas de «reservas», tendrían consecuencias muy graves para los Estados que, en caso de guardar silencio, se consideraría que las han aceptado tras un plazo determinado, como ocurre con las reservas.

4. La directriz relativa a las declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor no suscita particulares dificultades en cuanto al fondo. El párrafo 1, apdo. *d*, del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, dispone que la reserva se formula «con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado», sin ofrecer más precisiones sobre la modificación efectuada por la reserva. La directriz precisa sabiamente que la modificación puede consistir en una limitación. Sin duda, esta precisión se puede introducir con ocasión de la redacción de una guía de la práctica que permita un desarrollo más amplio que un tratado.

5. Véanse las observaciones a la directriz 1.1.1.

Directriz 1.1.6 (Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes)

FRANCIA

1. En cuanto al fondo, la redacción de esta directriz resulta satisfactoria. Únicamente se puede admitir que un Estado cumpla una obligación convencional recurriendo a un medio equivalente si los demás Estados partes tienen la posibilidad de aceptar ese medio equivalente. El mecanismo de las reservas y las objeciones ofrece esa posibilidad.

2. Véanse las observaciones a la directriz 1.1.1.

Directriz 1.1.8 (Reservas hechas en virtud de cláusulas de exclusión)

REINO UNIDO

En opinión del Reino Unido, la directriz 1.1.8, al definir como reservas todas las declaraciones formuladas en virtud de las denominadas cláusulas de exclusión, es demasiado amplia y está en contradicción con otras directrices. Cuando un tratado contempla que algunas de sus disposiciones puedan no aplicarse a elección de una parte, ello puede significar simplemente que, al ejercer su derecho de elección, el Estado esté aplicando el tratado de conformidad con lo dispuesto en él en lugar de excluir o modificar sus efectos. La directriz 1.1.8, en su sentido más amplio, también parece estar en contradicción con las directrices 1.4.6 y 1.4.7 (ejercicio de la opción o elección entre dos disposiciones). Asimismo, el comentario sugiere que, cuando se formula una declaración en virtud de una cláusula de exclusión una vez que el Estado en cuestión ha quedado vinculado por el tratado, esa declaración no debe considerarse una reserva tardía[1]. Por tanto,

[1] *Anuario… 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 118, párr. 17 del comentario a la directriz 1.1.8.

en opinión del Reino Unido, la definición de las reservas en el caso de las cláusulas de exclusión debería limitarse a las disposiciones convencionales que «especifican» la exclusión por medio de una reserva.

Directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas)

FRANCIA

Francia está particularmente interesada en esta directriz porque la práctica ha puesto de manifiesto las dificultades que existen en la materia y resulta muy útil que la Comisión precise esta cuestión. El criterio del fin, de la finalidad que se persigue, que se ha tenido en cuenta para definir las declaraciones interpretativas, resulta muy satisfactorio, puesto que permite distinguir claramente las declaraciones interpretativas de las reservas. Las declaraciones interpretativas tienen por objeto «precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones» (directriz 1.2), mientras que las reservas tienen por objeto «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos» (directriz 1.1.1). Este criterio resulta válido sea cual fuere el nombre que dé el Estado a su declaración y, por consiguiente, al igual que ocurre con las reservas, se descarta todo nominalismo.

REINO UNIDO

1. En términos generales, el Reino Unido acoge con beneplácito la definición de «declaraciones interpretativas», que tiene una gran importancia a la hora de permitir establecer una distinción entre una declaración interpretativa propiamente dicha y su uso como una forma de «reserva oculta». En opinión del Reino Unido, la definición de las declaraciones interpretativas es útil, particularmente cuando se combina con el método de aplicación de la distinción entre reservas y simples declaraciones interpretativas que figura en la directriz 1.3.1 y con el proceso de recalificación que figura en las directrices 2.9.3 y siguientes.

2. Sin embargo, al Reino Unido le preocupa la última parte del párrafo 34 del comentario[1], que sugiere que la definición debería incluir tanto las declaraciones interpretativas como las declaraciones interpretativas condicionales. No se ve con claridad la consecuencia de ese enfoque. Por lo tanto, el Reino Unido eliminaría ese aspecto del comentario de acuerdo con su sugerencia de que se suprima la referencia a una categoría de «declaraciones interpretativas condicionales» separada de las reservas y las declaraciones interpretativas *simpliciter* (véanse los comentarios sobre la directriz 1.2.1 *infra*).

[1] *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 109.

Directriz 1.2.1 (Declaraciones interpretativas condicionales)

FRANCIA

1. A falta de indicaciones en la directriz 1.2.1, no parece haber ningún criterio que permita distinguir con certidumbre entre las declaraciones interpretativas y las declaraciones interpretativas condicionales. Nada se dice sobre las modalidades según las cuales el autor de la declaración interpretativa condicional subordina su consentimiento en obligarse a una interpretación específica del tratado o de algunas de sus disposiciones. Sería necesario que esta voluntad se manifestara expresamente. El hecho de que una declaración interpretativa formulada en el momento de la firma o en cualquier momento anterior de las negociaciones sea confirmada en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse no constituye un criterio por sí mismo.

2. La definición de las declaraciones interpretativas condicionales ofrecida por la Comisión en realidad parece aproximarlas a las reservas. Las declaraciones condicionales no serían otra cosa que reservas formuladas en términos que dan lugar claramente a la aparición del vínculo indisociable entre el propio compromiso y la reserva. Por tanto, parece que no se ha elegido bien la denominación. Además, si bien las declaraciones condicionales constituyen una subcategoría de reservas, pueden surgir dudas en cuanto a la oportunidad de convertirlas en una categoría aparte. En efecto, parece difícil cuestionar la inclusión de las declaraciones condicionales en el régimen de las reservas. Y si el régimen de las reservas es idéntico al que se aplica a las declaraciones condicionales, sería más sencillo asimilar estas declaraciones a las reservas, al menos por lo que se refiere a esta parte del proyecto.

REINO UNIDO

El Reino Unido ha cuestionado sistemáticamente la utilidad de incluir en las directrices disposiciones separadas sobre las declaraciones interpretativas condicionales. El Reino Unido señala que, en respuesta, el Relator Especial sugirió que convendría mantener su inclusión hasta que se ultimaran los trabajos, momento en que se podría tomar una decisión sobre esta cuestión con pleno conocimiento de causa. Ahora que se dispone del conjunto completo de directrices a la luz, en particular, de las directrices que permiten diferenciar entre declaraciones interpretativas y reservas (directrices 1.3 y ss.) y la directriz 2.9.3 sobre la recalificación, el Reino Unido no cree que se necesiten directrices diferenciadas sobre las declaraciones interpretativas condicionales. La eliminación de las directrices separadas sobre esta cuestión ayudaría a simplificar el texto de acuerdo con los comentarios generales que el Reino Unido expuso anteriormente.

Directriz 1.3 (Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas)

FRANCIA

1. La Comisión aplica, como criterio de distinción entre las declaraciones interpretativas y las reservas, el de los efectos jurídicos que se pretenden lograr con la declaración. Este criterio es aceptable, pero con la condición de que se establezca no tanto a partir de las intenciones subjetivas del Estado, que son difíciles de conocer, sino más bien basándose en los efectos objetivos de la declaración, de su objeto. En particular, la aplicación de este criterio debería basarse en un cotejo objetivo del sentido de la declaración con el sentido del texto al que se aplique esa declaración. En cuanto al criterio temporal, Francia

aprueba la elección de la Comisión de no convertirlo en elemento integrante de la definición de las declaraciones interpretativas. No obstante, sería preferible, por razones derivadas de las exigencias de la seguridad jurídica, que, salvo circunstancias muy excepcionales, las declaraciones interpretativas se formulen en un plazo limitado contado desde el momento en que el Estado manifiesta su compromiso.

2. Véanse las observaciones a la directriz 2.4.3.

Directriz 1.3.2 (Enunciado y denominación)

FRANCIA

Francia abriga dudas acerca de la oportunidad de convertir el enunciado o el título dados a la declaración unilateral en un criterio de establecimiento de los efectos jurídicos pretendidos por su autor. Aparte de que ese enunciado no podría considerarse como un indicio fiable de los efectos jurídicos pretendidos por su autor, este criterio reintroduciría un nominalismo que, por otro lado, ha sido descartado con toda razón.

Directriz 1.4.1 (Declaraciones que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales)

FRANCIA

Véanse las observaciones a la directriz 1.1.1.

Directriz 1.4.2 (Declaraciones unilaterales que tienen por objeto agregar nuevos elementos al tratado)

MALASIA

Con respecto a la directriz 1.4.2, Malasia entiende que, conforme a lo dispuesto en este, una declaración unilateral por la que un Estado se proponga agregar nuevos elementos a un tratado constituye simplemente una propuesta de modificación del contenido del tratado que, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la Práctica. Por consiguiente, Malasia desea poner de relieve que mientras esa declaración no modifique el contenido del tratado de tal forma que se modifiquen o excluyan los efectos del tratado o las disposiciones de este en su conjunto, en cuyo caso la declaración podría considerarse como una reserva, esa declaración podría excluirse efectivamente de la presente Guía de la Práctica.

Directriz 1.4.3 (Declaraciones de no reconocimiento)

FRANCIA

Francia es favorable a la exclusión de las declaraciones de no reconocimiento del ámbito de aplicación de la Guía de la Práctica. En particular, si bien es cierto que una declaración unilateral en virtud de la cual un Estado excluye expresamente la aplicación del tratado entre este y la entidad que no reconoce, presenta muchas similitudes con una reserva, no tiene por objeto excluir ni modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. La declaración tiene por objeto denegar a la entidad en cuestión la capacidad para obligarse por el tratado y, por consiguiente, rechazar toda relación convencional con ella. Por otra parte, el régimen de las reservas resulta totalmente inadecuado para incluir en él las declaraciones de no reconocimiento y tendría poco sentido su consideración con respecto a los criterios del objeto y el fin del tratado.

Directriz 1.4.4 (Declaraciones de política general)

FRANCIA

En ausencia de vínculos suficientemente estrechos con el tratado, es conveniente que las declaraciones de política general queden excluidas del ámbito de aplicación de la Guía de la Práctica.

Directriz 1.4.5 (Declaraciones relativas a la aplicación de un tratado en el ámbito interno)

FRANCIA

Esta directriz suscita una verdadera dificultad tal y como está redactada actualmente. Si bien se precisa claramente que una declaración de este tipo no queda excluida del ámbito de aplicación de la Guía de la Práctica en la medida en que «no tiene por objeto afectar como tal [los] derechos y obligaciones [de su autor] con respecto a las demás partes contratantes» y simplemente tiene carácter informativo, nada se dice sobre las declaraciones que, sin pretender que tengan esa incidencia, a pesar de todo pueden influir en los derechos y obligaciones del Estado que las formula frente a las demás partes contratantes. En general, esas declaraciones plantean la cuestión de su compatibilidad con el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, a tenor del cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. En efecto, la práctica demuestra que es muy difícil apreciar el verdadero alcance de estas declaraciones porque ello requiere una buena comprensión de la declaración y un buen conocimiento del derecho interno del Estado en cuestión y de las disposiciones convencionales pertinentes. La declaración que formula un Estado a propósito de la aplicación del tratado en el ámbito interno puede constituir una auténtica reserva, incluso aunque no aparezca de inmediato la voluntad de modificar o excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado o del tratado en su conjunto bajo determinados aspectos particulares en su aplicación a ese Estado. Por otro lado, el hecho de excluir estas declaraciones de la Guía de la Práctica y considerar de forma tan categórica que no se trata de reservas podría entenderse como una invitación a no adoptar las medidas pertinentes en el derecho interno antes de comprometerse en el ámbito internacional. Sin duda sería prudente considerar que una declaración relativa a la aplicación del tratado en el ámbito interno tiene carácter estrictamente informativo si con ella no se pretende tener una incidencia como tal sobre los derechos y las obligaciones del Estado que la formula frente a las partes contratantes y que, al mismo tiempo, no puede ejercer esa influencia.

REINO UNIDO

La directriz 1.4.5 excluye del ámbito de la Guía las declaraciones que indican la forma en la que su autor pretende aplicar un tratado en su ordenamiento jurídico

interno. Con ello se pretende abarcar solamente las declaraciones formuladas para suministrar información sobre la aplicación. Sin embargo, la redacción utilizada para lograrlo resulta poco transparente: «pero que no tiene por objeto afectar como tal sus derechos y obligaciones con respecto a las demás partes contratantes». Si se probara que la forma de aplicación indicada en la declaración contradice manifiestamente lo exigido en el tratado, la declaración no podría «tener por objeto» afectar a los derechos y obligaciones del Estado, sino que demostraría la intención de aplicar una forma modificada del tratado. Por tanto, se deberían eliminar las palabras citadas y añadir lo siguiente al final (tras las palabras «fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la Práctica»): «a menos que esa forma de aplicación solamente pueda conformarse a las disposiciones del tratado excluyendo o modificando los efectos jurídicos de estas».

Directriz 1.5.1 («Reservas» a los tratados bilaterales)

FRANCIA

Esta categoría de declaración no es una reserva, ya que no produce una modificación ni una exclusión de los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, sino una modificación de esas disposiciones convencionales constitutiva de una auténtica enmienda. En consecuencia, se debería modificar el título de esta directriz para indicar claramente que se trata de declaraciones que tienen por objeto modificar un tratado bilateral.

Directriz 1.7.1 (Alternativas a las reservas)

MALASIA

Con respecto a la directriz 1.7.1 propuesta, Malasia señala que esta se limita a ofrecer dos procedimientos que no se mencionan en otra parte y que, a veces se consideran «reservas», aunque en modo alguno se conforman a la definición que figura en la directriz 1.1. Preocupa a Malasia que pueda haber confusión a la hora de diferenciar esos procedimientos alternativos de las reservas. Por consiguiente, Malasia opina que, para evitar confusiones, habrá que especificar claramente el procedimiento para formular esas alternativas y los medios para diferenciarlas de las reservas.

Directrices 1.7.1 (Alternativas a las reservas) y 1.7.2 (Alternativas a las declaraciones interpretativas)

REINO UNIDO

El Reino Unido no considera que estas directrices sean de utilidad, puesto que van más allá del tema en cuestión y, por tanto, sugiere que se eliminen.

Directriz 2.1.1 (Forma escrita)

FRANCIA

Este proyecto retoma la norma establecida en el artículo 23 de la Convención de Viena de 1969. No plantea especiales dificultades. Las condiciones que puedan acompañar a la manifestación del consentimiento en obligarse se deben formular por escrito, que es el único medio de garantizar la estabilidad y la seguridad de las relaciones contractuales.

Directriz 2.1.2 (Forma de la confirmación formal)

FRANCIA

La confirmación formal de una reserva, cuando sea necesaria, también debe hacerse por escrito.

Directriz 2.1.4 (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas)

FRANCIA

La Comisión propone un directriz que establezca, por una parte, que el procedimiento corresponde al derecho interno y, por otra parte, que su observancia carece de consecuencias en el ámbito internacional. Francia concuerda con esa solución, pues resultaría inoportuno incluir una directriz calcada del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 que permitiera invocar la irregularidad con respecto al derecho nacional para constatar la invalidez de la reserva, en caso de violación manifiesta de una norma interna de importancia fundamental. En efecto, por cuanto el Estado siempre puede retirar su reserva, esa disposición tendría como único efecto práctico permitir al Estado que haya formulado la reserva sin respetar el procedimiento nacional exigir retroactivamente que los demás Estados apliquen con respecto a él la disposición convencional objeto de la reserva. Resulta bastante difícil encontrar fundamento para esa situación en el derecho positivo.

Directriz 2.1.5 (Comunicación de las reservas)

FRANCIA

Esta directriz, inspirada en el artículo 23 de la Convención de Viena, resulta útil para completarlo pues se refiere también a las reservas formuladas a los actos constitutivos de organizaciones internacionales. La redacción contemplada por el Relator Especial es, en su conjunto, aceptable. No obstante, habría que saber qué se entiende exactamente en el párrafo 2 por «órgano facultado para aceptar una reserva».

Directriz 2.1.7 (Funciones del depositario)

MALASIA

Con respecto a la directriz 2.1.7, Malasia señala que esta directriz tiene por objeto permitir que los depositarios examinen si una reserva está en debida forma. Asimismo, la directriz parece ampliar el ámbito de las funciones de los depositarios permitiéndoles que examinen si una reserva está en debida forma, en lugar de limitar su labor a examinar si una firma, un instrumento o una notificación o comunicación relativos al tratado están en debida forma. Preocupa a Malasia que esta directriz dé la impresión de que una reserva formulada por un Estado tenga que pasar por dos etapas antes de establecerse, la del depositario y solo después la de los demás Estados contratantes. Lo mismo ocurre en vista de la observación

de Malasia sobre la directriz 2.1.8, en la que se reconoce el papel del depositario en la determinación de reservas inválidas. Malasia opina que también podría considerarse que la directriz sustituye a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969, al tener por objeto otorgar un papel activo al depositario en la interpretación de una reserva inválida. Como tal, la directriz no representa la práctica general conforme a la cual los Estados por lo común deciden si una reserva es inválida. A este respecto, a juicio de Malasia, la directriz permitiría que el depositario interviniera en la cuestión de la compatibilidad de la reserva, que puede provocar la respuesta del Estado. Esta situación prolongaría el problema y no coadyuvaría a su resolución. Malasia opina, pues, que la función del depositario debería limitarse al ámbito del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969. Malasia considera que, en el supuesto de que la parte contratante concluya que una reserva formulada por otra parte es incompatible con ese tratado, las propias partes contratantes deberían probar que tienen derecho a formular objeciones a esa reserva y ello se daría a conocer por medio del depositario. Por lo tanto, se recomienda que la directriz 2.1.7 siga exactamente la redacción del artículo 77, párr. 1, apdo. *d* y párr. 2 de la Convención de Viena de 1969 de modo de limitar el ámbito de las funciones de los depositarios a las cuestiones que supongan examinar si una firma o un instrumento, una notificación o una comunicación relativos al tratado están en debida forma.

Directriz 2.1.8 (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente inválidas)

Francia

1. Las directrices 2.1.6 y 2.1.7 hacen hincapié en el papel puramente «administrativo» del depositario, cosa que Francia considera atinada. No obstante, la directriz 2.1.8 tiende a reconocer al depositario facultades ajenas a su función de registro para apreciar, en cierta medida, la validez de las reservas. La labor de la Comisión no carece de legitimidad. No obstante, en el estado en el que se encuentra el derecho internacional positivo, el depositario no tiene una función de apreciación, ni siquiera somera, de la validez. Por consiguiente, en el ejercicio de sus funciones administrativas, el depositario debe limitarse a registrar y comunicar las reservas, incluso aunque en su opinión sean manifiestamente inválidas.

2. La directriz 2.1.8, cuyo texto había sido aprobado en 2002, fue retocado ligeramente en 2006. Sin embargo, desde el punto de vista de Francia, esta nueva redacción no refleja el estado del derecho y la práctica en relación con las funciones del depositario. Esta directriz tiende a reconocer al depositario una capacidad para apreciar, en cierta medida, la validez de las reservas y, en su caso, señalar a las partes interesadas las reservas que le parece que pueden plantear problemas jurídicos. En ausencia de una disposición expresa que le faculte para ejercer funciones de ese tipo, el depositario no debería tener una función de apreciación, ni siquiera somera, de la validez de las reservas. Por lo tanto, en el ejercicio de sus funciones administrativas, el depositario debe limitarse a registrar y comunicar las reservas, incluso aunque en su opinión sean «manifiestamente inválidas», según la terminología utilizada por la Comisión.

Malasia

Véanse las observaciones formuladas anteriormente en relación con la directriz 2.1.7.

Reino Unido

1. No existe suficiente claridad con respecto a saber cuándo una reserva es considerada «manifiestamente inválida», particularmente teniendo en cuenta que se pretende ampliar esta disposición a las tres categorías de reservas inválidas que figuran en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969. Cabe preguntarse si se otorga así discreción al depositario del tratado. Para el Reino Unido no resulta evidente por qué el depositario, y no los Estados partes, está en condiciones de determinar si una determinada reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

2. En opinión del Reino Unido, en principio, la función del depositario consiste en comunicar a los Estados contratantes cualquier acto, notificación o comunicación relativos al tratado. Sin embargo, cuando se formula una reserva a pesar de que existe una disposición en el tratado que prohíbe todas las reservas o las reservas del tipo de la formulada, no puede haber duda alguna de la invalidez de esa reserva. En esa situación, el depositario puede, en primera instancia, plantear la cuestión al Estado autor de la reserva. El depositario la comunicaría a los Estados contratantes para recabar sus opiniones únicamente en el caso de que el Estado autor de la reserva insista en que su reserva es válida.

3. La directriz tampoco considera las posibles implicaciones de este cambio. A juicio de muchos Estados, la función del depositario del tratado es transmitir el texto de las reservas a las partes en el tratado y permanecer neutral e imparcial. Tampoco se hace referencia en el comentario a la práctica en vigor de los depositarios de los tratados en este contexto, ni se examinan las implicaciones prácticas o de recursos para los depositarios de los tratados.

Directriz 2.2.1 (Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado)

Francia

Este proyecto no suscita dificultades, puesto que se conforma a la práctica francesa.

Sección 2.3 (Reservas tardías)

Austria

1. Según las directrices 2.3.1 y 2.3.2, las «reservas tardías» (esto es, las formuladas después de la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado) son en principio posibles siempre que ninguna otra parte contratante las objete en un plazo de 12 meses. Sigue preocupando a Austria que ciertas directrices puedan extender la aplicación del régimen de las reservas a los tratados en su conjunto a las denominadas «reservas tardías». Hay que tener presente que esas reservas tardías no entran en el ámbito de la definición de reservas que se recoge en el artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, y el artículo 19 de la Convención

de Viena de 1969. La propia Comisión incluye en la directriz 1.1 una definición de reservas que aspira claramente a no separarse de lo dispuesto en la Convención de Viena. Según esa definición, se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización. Comoquiera que la definición contiene una clara referencia al momento en que puede formularse la reserva, es evidente que las llamadas «reservas tardías» no se ajustan a esta definición básica.

2. Por consiguiente, aunque se denomine reserva, una «reserva tardía» es realmente otro tipo de declaración que debe distinguirse de las verdaderas reservas para no desvirtuar la definición de reserva antes citada. Es evidente que los Estados partes en un tratado pueden acordar que el régimen de las reservas se aplique también a las «reservas tardías» formuladas en relación con ese tratado, con sujeción, no obstante, a los límites establecidos en ese tratado y en el derecho de los tratados que resulte aplicable. Sin embargo, en opinión de Austria, las declaraciones que no cumplan los requisitos de la definición no deben ser tratadas como reservas, pues ello puede dar lugar a consecuencias graves que no deben alentarse. Es preciso observar que, al aceptar las «reservas tardías» y tratarlas básicamente del mismo modo que las reservas, se estaría menoscabando el principio básico de *pacta sunt servanda* que se recoge en el artículo 26 de la Convención de Viena, ya que un Estado podría en cualquier momento reducir unilateralmente el alcance de sus obligaciones en virtud de un tratado mediante una reserva. Aparte de esto, la aplicación del régimen sobre las «reservas tardías» que se propone en las directrices podría dar lugar a la creación de un sistema de enmiendas de los tratados contrario al régimen previsto en los artículos 39 a 41 de la Convención de Viena.

Directriz 2.3.1 (Formulación tardía de una reserva)

Francia

Las directrices 2.3.1 y 2.3.3 tienden a establecer dos reglas complementarias. Estas dos propuestas innovadoras suponen un desarrollo progresivo del derecho en la materia y, por consiguiente, no constituirían un simple ejercicio de codificación. Francia observa con agrado que ambas directrices no tienen por objeto permitir, en el futuro, un recurso frecuente y, en cierto modo, «banalizado» a las reservas tardías. Por un lado, una sola objeción de un Estado parte en el tratado en cuestión bastará para que la reserva sea inaplicable frente a todos los Estados partes en dicho tratado y, por otro lado, el Estado autor de la objeción a esa reserva no estará obligado a motivarla, si no lo desea, aparte de la simple constatación del carácter tardío de esa reserva. Por consiguiente, las directrices no tienen por objeto establecer una derogación general de la regla básica, generalmente aceptada por los Estados, a tenor de la cual las reservas deben formularse a más tardar en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado determinado. De lo que se trata es de la seguridad de los compromisos jurídicos suscritos voluntariamente por los Estados, a la que Francia atribuye gran importancia. Por consiguiente, dejando de lado el caso, incontestable, en el que la formulación de reservas con posterioridad a la manifestación del consentimiento en obligarse esté autorizada explícitamente por un tratado, estas directrices tienen por objeto atender a situaciones particulares, no solamente hipotéticas, sino excepcionales, en las que un Estado no tendría, de buena fe, otra opción que denunciar el tratado en cuestión al no poder formular una reserva tardía.

Reino Unido

1. El Reino Unido reitera su oposición en principio a las reservas formuladas tardíamente, porque se apartan de la definición de «reservas» conforme a la Convención de Viena de 1969 y bien podrían causar perturbaciones e incertidumbres en las relaciones convencionales. Por lo tanto, a juicio del Reino Unido, las directrices deben poner de relieve, ante todo, la necesidad de una apropiada disciplina en la formulación de las reservas. Si se desea que las directrices aborden las circunstancias excepcionales en las que son válidas las reservas tardías, por ejemplo, cuando el propio tratado lo autoriza, se debe enunciar claramente cuáles son esas circunstancias. Por consiguiente, el Reino Unido preferiría que se modificara la directriz 2.3.1 de la siguiente manera:

> «Si un Estado o una organización internacional formulan una reserva después de haber manifestado su consentimiento en obligarse, la reserva no surtirá efecto, salvo que el tratado disponga otra cosa o que todas las demás partes contratantes acepten expresamente la formulación tardía de la reserva.»

2. La aceptación de esta propuesta implicaría la eliminación de la directriz 2.3.2.

Directriz 2.3.2 (Aceptación de la formulación tardía de una reserva)

Reino Unido

Véanse las observaciones formuladas anteriormente en relación con la directriz 2.3.1.

Directriz 2.3.3 (Objeción a la formulación tardía de una reserva)

Francia

Véanse las observaciones a la directriz 2.3.1.

Directriz 2.3.4 (Exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas)

Malasia

Con respecto a la directriz 2.3.4, relativa a la exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas, no queda claro a la interpretación de la reserva de quién se quiere hacer referencia en el apartado *a*. A juicio de Malasia, el apartado *a* parece sugerir que esa interpretación puede proceder de los demás Estados contratantes o del Estado autor

de la reserva. Malasia considera, pues, que el apartado *a* requiere una aclaración respecto de a quién se refiere.

Directriz 2.3.5 (Ampliación del alcance de una reserva)

FRANCIA

La ampliación del alcance de una reserva sobrepasa los límites temporales dentro de los que se puede formular una reserva, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. No obstante, Francia considera que la ampliación del alcance de una reserva no constituye necesariamente un abuso de derecho prohibido. Por tanto, resulta útil que en la Guía de la Práctica se mencione la hipótesis de la ampliación y se proponga disipar, de forma además convincente, las incertidumbres jurídicas que suscita. Por un lado, en la práctica convencional ha habido tentativas para ampliar el alcance de una reserva, si bien esas tentativas han sido excepcionales. El comentario menciona algunos ejemplos al respecto que derivan no tanto del abuso de derecho como de la voluntad de tener en cuenta limitaciones técnicas o ciertas particularidades del derecho interno. Reconocer este hecho no equivale, a todas luces, a presumir que sea lícito. Por otro lado, y sobre todo, la posibilidad de ampliar el alcance de una reserva está sujeta a condiciones muy estrictas. Así, el intento de ampliar el alcance de una reserva estará condenado al fracaso frente a todas las partes en el tratado si una sola de ellas formula una objeción a la modificación que se pretende efectuar. Dentro de este marco jurídico riguroso, parece que este proyecto tiene características de desarrollo progresivo del derecho: aunque no propicia esta práctica, permite recurrir a ella, excepcionalmente y con condiciones, para brindar al Estado que actúa de buena fe otra opción distinta de la denuncia del tratado en cuestión. Francia se pregunta si es oportuno incorporar al proyecto la definición de ampliación del alcance incluida en el párrafo 7 del comentario.

MALASIA

Con respecto a la directriz 2.3.5, Malasia señala que la aplicación de esta directriz se produciría en una situación en la que la reserva formulada equivaldría a la formulación de una reserva totalmente nueva. Sin embargo, opina que toda modificación que pueda ampliar el ámbito de una reserva pero que no afecte al contenido de los compromisos del Estado parte en un tratado no debería rechazarse simplemente por una única objeción. Malasia opina, pues, que es necesario contar con un mecanismo apropiado para evaluar la «reserva ampliada», puesto que no debería estar determinada exclusivamente por una objeción recibida. Asimismo, Malasia recomienda que se aplique la prueba de la validez para determinar esa reserva.

Sección 2.4 (Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas)

FRANCIA

Sería preferible simplificar la cuestión precisando que las «directrices» relativas a las reservas se aplican *mutatis mutandis* a las declaraciones interpretativas condicionales.

Directriz 2.4.0 (Forma de las declaraciones interpretativas)

FRANCIA

Este proyecto es aceptable. Las declaraciones interpretativas, al igual que las reservas, deben formularse por escrito, incluso cuando son «condicionales».

MALASIA

Véanse las observaciones formuladas anteriormente en relación con la directriz 2.4.9.

Directriz 2.4.3 (Momento en que se puede formular una declaración interpretativa)

FRANCIA

Sería preferible que se formulara una declaración interpretativa en un plazo limitado, que podría ser el mismo que aquel durante el cual es posible formular una reserva. En la medida en que la designación ofrecida no permita siempre establecer por sí sola si se trata de una reserva o de una declaración interpretativa, admitir que los Estados partes en un tratado puedan en todo momento, incluso después de haber manifestado su consentimiento en obligarse, formular declaraciones interpretativas podría conducir a que algunos de ellos formularan, eventualmente mucho tiempo después de haber manifestado su consentimiento en obligarse, declaraciones interpretativas por medio de las cuales pretendieran producir, de hecho y de derecho, los mismos efectos jurídicos que las reservas. Por lo tanto, si se desarrollara esta práctica se correría el riesgo de suscitar progresivamente dudas acerca de la condición en virtud de la cual se formuló una reserva en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse. Como consecuencia, eliminar todo elemento temporal de la definición de la declaración interpretativa podría debilitar a más o menos largo plazo el elemento temporal que caracteriza a las reservas. Por consiguiente, se podría crear así una situación de inseguridad jurídica. En consecuencia, parece insuficiente que las restricciones temporales a la formulación de una declaración interpretativa queden subordinadas únicamente a la buena voluntad de los Estados. Sería deseable que se indicara, sea en la definición (directriz 1.2), sea en una disposición específica (directriz 2.4.3), que la declaración interpretativa debe formularse a más tardar en el momento en que el autor manifiesta su consentimiento en obligarse.

Directriz 2.4.4 (Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas hechas en el momento de la firma de un tratado)

FRANCIA

1. Véanse las observaciones a la directriz 2.4.3.

2. Dado que Francia considera necesario limitar en el tiempo la posibilidad de que los Estados formulen declaraciones interpretativas, no hay razón alguna para apartarse de las reglas aplicables a las reservas.

[Directriz 2.4.5 (Confirmación formal de las declaraciones interpretativas condicionales formuladas en el momento de la firma de un tratado)][1]

FRANCIA

Dado que el régimen jurídico de las declaraciones interpretativas condicionales parece haberse conformado al de las reservas, Francia es favorable a la supresión de las directrices relativas a las declaraciones interpretativas condicionales.

[1] Las directrices sobre las declaraciones interpretativas condicionales se han incluido entre corchetes en espera de que la Comisión adopte una decisión definitiva acerca de si el régimen jurídico de esas declaraciones se conforma íntegramente al de las reservas.

Directriz 2.4.6 (Formulación tardía de una declaración interpretativa)

MALASIA

Malasia entiende que la directriz se aplica en caso de que el tratado especifique el plazo para la formulación de declaraciones interpretativas. Señala también que se debe hacer referencia a la directriz 2.4.3 sobre la regla general relativa al plazo para formular declaraciones interpretativas. Malasia desearía que se aclarara qué efectos jurídicos tiene la directriz 2.4.6 sobre los tratados. Malasia opina que, sobre la base del entendimiento acerca de la forma en que debe aplicarse la directriz 2.4.6, esta surtirá el efecto de invalidar toda disposición de los tratados relativa al plazo exigido para formular una declaración interpretativa. Asimismo, Malasia quisiera que se aclarara la aplicación de esta directriz en relación con la cuestión de la sucesión de Estados. Malasia entiende que la aplicación de la directriz permitiría que un Estado sucesor formulara una nueva declaración interpretativa cuando esta no reciba oposición alguna por haberse formulado tardíamente.

[Directriz 2.4.7 (Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales)]

FRANCIA

Véanse las observaciones a la directriz 2.4.5.

[Directriz 2.4.8 (Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional)]

FRANCIA

Véanse las observaciones a la directriz 2.4.5.

Directriz 2.4.9 (Modificación de una declaración interpretativa)

MALASIA

Malasia señala que, en virtud de lo dispuesto en la directriz 2.4.3, puesto que se puede formular una declaración interpretativa en cualquier momento, también debería permitirse que esta se pudiera modificar en cualquier momento, a menos que el propio tratado especificara el momento para la formulación y la modificación de una declaración interpretativa. Sin embargo, preocupan a Malasia la aplicación de la directriz 2.4.0 en relación con la directriz 2.4.9.

[Directriz 2.4.10 (Limitación y ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional)]

FRANCIA

Véanse las observaciones sobre la directriz 2.4.5.

Sección 2.5 (Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas)

Directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas)

FRANCIA

Francia tiene dudas respecto a la utilidad de la propuesta contenida en esta directriz, que no parece apropiada en una guía cuyo objeto es enunciar las reglas jurídicas que rigen la identificación, el régimen y los efectos de las reservas.

Directriz 2.5.4 (Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional)

FRANCIA

Esta directriz debería revisarse a la luz de la directriz 2.1.3. Las palabras «será competente» deberían sustituirse por las palabras «se considerará facultada».

Directriz 2.5.13 (Retiro de una declaración interpretativa condicional)

FRANCIA

Véanse las observaciones sobre la directriz 2.4.5.

Sección 2.6 (Formulación de objeciones)

Directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas)

FINLANDIA

1. Finlandia coincide con la Comisión en que, incluso aunque pueda hacerse una distinción analítica entre el acto de oponerse a una reserva válida y el de oponerse a una inválida, ambos actos deben considerarse «objeciones», puesto que esta es la práctica reiterada de los Estados y no parece que exista un riesgo real de confusión. Sin embargo, a Finlandia le convence menos el razonamiento de la Comisión según el cual la definición de «objeción» que figura en la directriz 2.6.1 es lo suficientemente amplia para abarcar las objeciones a las reservas inválidas además de las formuladas en relación con reservas válidas. Según la directriz 2.6.1, una objeción es

> una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que el primer Estado o la primera organización *se propone*[*] excluir o modificar los efectos jurídicos de la reserva, o excluir la aplicación del tratado en su conjunto, en sus relaciones con el Estado o la organización autor de la reserva.

Es evidente que la expresión «se propone» implica una finalidad o intención por parte del Estado autor de la

objeción, en este caso, la finalidad o intención específicas de modificar o excluir los efectos de la reserva. Sin embargo, un Estado podría no tener tal intención cuando considera que, de entrada, la reserva carece de todo efecto jurídico; la finalidad de la objeción es simplemente señalar la invalidez y consiguiente falta de efecto jurídico de la reserva.

2. Por estas razones, Finlandia propone a la Comisión que considere la posibilidad de aquilatar la definición que figura en la directriz 2.6.1, de forma que incluya expresamente ambos tipos de objeciones, tal vez añadiendo la frase «o por la que el Estado o la organización internacional autor de la objeción expresa su opinión de que la reserva es inválida y carece de efecto jurídico».

Francia

1. La búsqueda de una definición del término «objeción» responde a la necesidad de llenar una laguna que presentan las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, en las que no figura tal definición. Sin embargo, los principales elementos de la definición de objeciones se pueden determinar a partir de los objetivos que estas persiguen, que se recogen en los artículos 20 y 21 de ambas Convenciones. Una objeción es una reacción a una reserva, pero se trata de una reacción específica, dirigida a hacer inoponibles efectos a la reserva. La intención de la parte que reacciona a la reserva es, pues, determinante para calificar jurídicamente dicha reacción. La evaluación de la intención del Estado autor de la objeción se inscribe en un marco preciso. En particular, no se debe calificar de objeción la reacción de una parte que procura modificar el contenido mismo de la reserva. La objeción debe caracterizarse por la intención que manifiesta el Estado de crear uno de los efectos objetivos enunciados en las Convenciones de Viena: hacer inaplicable la disposición objeto de la reserva o impedir la entrada en vigor del tratado entre las partes de que se trate. Desde esa perspectiva, siempre resulta útil conocer las motivaciones del Estado autor de la objeción. Una definición estricta de las objeciones a las reservas presenta numerosas ventajas. En la forma, responde bien al objetivo de la Guía de la Práctica, que procura completar las disposiciones de las Convenciones de Viena sin modificar sustancialmente su espíritu. Francia adhiere a este criterio. En cuanto al fondo del asunto, una definición estricta de las objeciones da más latitud a lo que el Relator Especial llama «diálogo sobre las reservas», a saber, todo el procedimiento de debate que puede instaurarse entre el autor de la reserva y sus interlocutores, quienes lo incitan a retirarla.

2. Francia se inclina a favor de una definición estricta de las objeciones a las reservas, en particular porque esta se atiene a los efectos de las objeciones que se definen en los artículos 20 y 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. No obstante, aparentemente la Comisión se orienta hacia una definición amplia que no parece satisfactoria. En efecto, la expresión «con objeto de excluir o modificar los efectos de la reserva en las relaciones entre el autor de la reserva y el autor de la objeción» parece particularmente ambigua. Según la Comisión, la definición propuesta no prejuzgaría la validez o invalidez de la objeción; al igual que la definición de reservas, sería neutra. No obstante, el problema en cuestión es muy diferente dependiendo de si se trata de la definición de reserva o de la definición de objeción. Una reserva produce siempre el mismo efecto: «tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado» (directriz 1.1.1). La incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado no resulta solamente del efecto propiamente dicho de la reserva, sino de la disposición o de las disposiciones del tratado a que se refiera. Por el contrario, en el caso de la objeción, el efecto pretendido por esta es lo que puede conllevar su invalidez. Además, la presunta invalidez de una reserva puede impugnarse por medio de una objeción, mientras que parece dudosa la posibilidad de reaccionar frente a una objeción cuyos efectos se considera que exceden el derecho de objeción. Una definición que abarque estrictamente la objeción y que determine con precisión sus efectos, permitiría disipar las ambigüedades relativas a la admisibilidad de una objeción que pretenda surtir otros efectos.

3. La objeción de efecto «supermáximo», por medio de la cual el Estado autor de la objeción pretende paralizar los efectos de la reserva considerando que el tratado debe aplicarse en su totalidad en sus relaciones con el Estado autor de la reserva, rebasaría los límites del marco consensual que inspira las Convenciones de Viena y no podría surtir ese efecto sin poner en tela de juicio el principio cardinal del consenso que anima el derecho de los tratados. El reconocimiento del efecto «supermáximo» tendría como consecuencia práctica inevitable desalentar la participación de los Estados en los acuerdos y tratados más importantes. Por lo tanto, es preferible que la definición no dé a entender que una objeción puede tener un efecto «supermáximo». En todo caso, la expresión «excluir o modificar los efectos de la reserva» permite incluir una objeción de este tipo.

4. A juicio de Francia, una solución de avenencia entre una definición amplia de las objeciones a las reservas y una definición estricta referida expresamente a los efectos enunciados en las Convenciones de Viena podría consistir en una definición que caracterizara a la objeción como una reacción dirigida a hacer inoponibles los efectos a la reserva en las relaciones entre el Estado autor de la objeción y el Estado autor de la reserva. Esa definición sería lo suficientemente flexible como para incluir las objeciones de efecto intermedio que, si bien no impiden que el tratado entre en vigor entre las partes de que se trate, tienen por objeto hacer inaplicable entre ambas partes, no solamente la disposición objeto de la reserva, sino también otras disposiciones del tratado. Puesto que el efecto pretendido por la objeción es menor que el efecto máximo autorizado por las Convenciones de Viena, la validez de este tipo de objeción no parece plantear dificultades. Un Estado puede estimar que la reserva afecta otras disposiciones del tratado y, por ende, entender que no está obligado, no solo por la disposición objeto de la reserva, sino tampoco por las demás disposiciones. Una definición que restrinja el efecto de la objeción a la inoponibilidad de los efectos de la reserva respecto al Estado autor de la objeción excluiría, por el contrario, a las objeciones de efecto «supermáximo» mencionadas *supra*. Una objeción de este tipo no pretende, pues, privar de efectos a una reserva, sino negar pura y simplemente su existencia y hacer como si esta nunca se hubiera formulado.

Directriz 2.6.2 (Definición de las objeciones a la formulación tardía o a la ampliación tardía del alcance de una reserva)

FRANCIA

Este directriz presenta una innegable utilidad, ya que resuelve una posible ambigüedad entre las dos acepciones del término «objeción» que recoge la Guía de la Práctica, a saber, entre la objeción a la formulación o a la ampliación tardías de una reserva, por una parte, y la objeción a una reserva, por la otra. Asimismo, esta definición evitaría una posible confusión entre dos tipos de objeción con efectos diferentes.

Directriz 2.6.3 (Facultad para formular objeciones)

AUSTRIA

1. Las directrices 2.6.3 y 2.6.4 se refieren a la facultad para formular objeciones y la facultad para oponerse a la entrada en vigor del tratado con respecto al autor de la reserva, respectivamente. Es evidente que, como se señala en la directriz 2.6.3, debe ser posible formular una objeción a cualquier reserva. Sin embargo, el efecto de una objeción de ese tipo dista de estar claro. ¿Cuál es el efecto de una objeción en el caso de una reserva que está prevista expresamente en el tratado? No puede darse por sentado que la objeción a una determinada reserva anule dicha reserva, sobre todo si se tiene en cuenta que la directriz 4.1.1 regula el establecimiento de determinadas reservas sin necesidad de aceptación. Del mismo modo, según la directriz 2.6.4, un Estado no puede excluir las relaciones convencionales con el Estado autor de la reserva mediante una objeción calificada si la reserva está prevista en el tratado. Por su parte, la directriz 4.3 se refiere de forma general al efecto de una objeción a una reserva válida que impide que la reserva tenga los efectos previstos en relación con el Estado autor de la objeción. No parece haber una norma concreta sobre los efectos de una objeción a una determinada reserva. Por consiguiente, los esfuerzos por averiguar el efecto de una objeción a una determinada reserva utilizando al menos tres directrices diferentes solo llevan a resultados ambiguos.

2. Véanse también las observaciones que se formulan más adelante en relación con la directriz 4.1.

PORTUGAL

1. En opinión de Portugal, la directriz 2.6.3 (Facultad para formular objeciones) debe perfeccionarse en cierta medida. En primer lugar, en el título, la palabra «facultad» no parece ser la más apropiada. Portugal comparte la opinión de que debe estudiarse la posibilidad de sustituirla por el término «derecho». Lo mismo puede decirse de la directriz 2.6.4.

2. Por otra parte, Portugal observa con satisfacción la oportuna sustitución, en el título de esta y otras directrices, del término «hacer» por «formular», con lo que la terminología se armoniza con la utilizada en el resto de la Guía de la Práctica.

Directriz 2.6.4 (Facultad para oponerse a la entrada en vigor del tratado con respecto al autor de la reserva)

AUSTRIA

Véanse las observaciones formuladas anteriormente en relación con la directriz 2.6.3.

PORTUGAL

Véanse las observaciones formuladas anteriormente en relación con la directriz 2.6.3.

Directriz 2.6.5 (Autor)

PORTUGAL

Portugal mantiene sus dudas sobre las disposiciones de la directriz 2.6.5 (Autor) que reconocen capacidad para formular objeciones a los Estados u organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado. El artículo 20, párr. 5, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 establece que un Estado o una organización internacional puede formular una objeción en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado. Por consiguiente, Portugal considera que no es exacto ni necesario permitir que un Estado o una organización internacional formule objeciones cuando aún no es parte en el tratado, incluso aunque solo produzcan efecto cuando haya expresado el consentimiento en obligarse por dicho tratado.

Directriz 2.6.10 (Motivación)

PORTUGAL

1. Aunque no es obligatorio, se entiende que, en aras de la claridad y la certidumbre, sería útil que se dieran a conocer los motivos de la objeción.

2. La inclusión de la expresión «[e]n lo posible» representa un avance en relación con la frase «siempre que sea posible». En cualquier caso, Portugal propone simplemente que se suprima esa expresión; el término «debería» basta para tales efectos.

Directriz 2.6.14 (Objeciones condicionales)

FRANCIA

Francia duda que se esté en presencia de objeciones en el sentido estricto del término. Una directriz de estas características conllevaría el riesgo de incitar a los Estados, so pretexto de formular objeciones preventivas, a multiplicar las declaraciones, con efectos jurídicos por lo demás inciertos, una vez que pasan a ser partes en un tratado.

PORTUGAL

Portugal teme que esta solución vaya más allá del diálogo sobre las reservas previsto en las Convenciones de Viena. Además, cabe la posibilidad de que en algunos casos, al ponerse en relación con una determinada reserva, las objeciones condicionales carezcan de un contenido lo bastante determinado, lo que puede generar incertidumbre en cuanto a si la objeción ha sido efectivamente formulada. No obstante, es justo reconocer que la actual

redacción de esta directriz se ha mejorado y hace que la disposición sea más coherente que la «objeción preventiva» que figuraba en la versión anterior de la directriz.

Directriz 2.6.15 (Objeciones tardías)

PORTUGAL

Dado que se trata de un concepto atenuado, sería prudente que se aclarasen mejor los efectos jurídicos que, en su caso, producen las objeciones tardías.

Sección 2.8 (Formulación de aceptaciones de las reservas)

Directriz 2.8.0 (Formas de aceptación de las reservas)

PORTUGAL

1. En general, las directrices sobre esta materia siguen las líneas procesales marcadas por las Convenciones de Viena y la práctica de los Estados. Sin embargo, Portugal desearía formular comentarios sobre algunas cuestiones que se han planteado.

2. Véanse las observaciones en relación con las directrices 2.8.0, 2.8.1, 2.8.7 y 2.8.8.

3. Portugal es partidario de mantener las expresiones «aceptación expresa» y «aceptación tácita», tal como figuran en el duodécimo informe del Relator Especial[1]. Portugal toma debida nota de la posición de la Comisión, que se refleja en el comentario a esta directriz. No obstante, opina que esta distinción puede tener cierta relevancia práctica, ya que otorga una mayor claridad conceptual al tema.

[1] Véase *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/584, pág. 36, párrs. 5 a 44.

Directriz 2.8.1 (Aceptación tácita de las reservas)

FRANCIA

A Francia le cuesta entender que la aceptación tácita, derivada del vencimiento del plazo de 12 meses siguientes a la notificación de la reserva, constituya una «presunción» de aceptación en el sentido jurídico del término. La formulación de las directrices 2.8.1 y 2.8.2, que retoma la del párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena, en el sentido de que se refiere a los casos en que «se considerará que una reserva ha sido aceptada», no parece significar que la aceptación pueda ser por sí misma «refutada».

PORTUGAL

Portugal acoge positivamente que se prefiera una redacción de la directriz 2.8.1 similar a la propuesta en 2007, y coincide con el Relator Especial en considerar superfluo la a la sazón directriz 2.8.1 *bis*. Portugal también celebra que se mantenga la expresión «[a] menos que el tratado disponga otra cosa», puesto que el artículo 20, párr. 5, de la Convención de Viena también admite que un tratado puede establecer excepciones a la norma general de la aceptación tácita de las reservas.

Directriz 2.8.7 (Aceptación de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional)

PORTUGAL

1. Portugal entiende que es necesaria la aceptación no solo del órgano competente de una organización internacional, sino de los miembros de la organización y, por ende, partes en el instrumento constitutivo. Cuando el artículo 20, párr. 3, de las Convenciones de Viena establece que una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de la organización, lo que hace es incluir el órgano competente más que excluir a las partes en el instrumento constitutivo.

2. En 2007, había dos problemas principales en relación con esta cuestión que, a juicio de Portugal, debían seguir siendo examinados por la Comisión. El primero se refería a la situación que se plantea cuando se formula una reserva antes de que entre en vigor el instrumento constitutivo y, por tanto, antes de que exista un órgano competente para determinar si la reserva es válida, caso que es el que más suele darse en la práctica (artículo 19 y artículo 20, párr. 5, de las Convenciones de Viena). En segundo lugar, en lo que respecta a la directriz 2.8.9 tal como fue inicialmente propuesto por el Relator Especial[1] (directriz 2.8.8 en la versión actual), puede que la competencia de un órgano tenga que establecerse en su instrumento constitutivo, conforme al principio de las competencias de atribución. Ambas cuestiones parecen encontrar una respuesta más adecuada en la presente redacción. No obstante, los Estados y las organizaciones internacionales no deben colocarse al margen del diálogo sobre las reservas.

[1] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), nota 61.

Directriz 2.8.8 (Órgano competente para aceptar una reserva a un instrumento constitutivo)

PORTUGAL

Véanse las observaciones formuladas anteriormente en relación con la directriz 2.8.7.

Directriz 2.8.11 (Reacción de un miembro de una organización internacional a una reserva al instrumento constitutivo)

FRANCIA

Francia duda de que sea conveniente incorporar esta directriz a la Guía de la Práctica. Puesto que en esa directriz se recuerda la posibilidad, poco discutible en cuanto al fondo, de que los Estados miembros de una organización internacional adopten una postura a título individual sobre la validez de una reserva formulada respecto al instrumento constitutivo de esta última, conviene asegurarse de que dicha directriz no lleve en la práctica a impedir el ejercicio de sus facultades por el órgano competente ni menoscabar la observancia de los procedimientos previstos.

Sección 2.9 (Formulación de reacciones a las declaraciones interpretativas)

FRANCIA

La clasificación de las diferentes reacciones a las declaraciones interpretativas parece totalmente aceptable y engloba las diferentes hipótesis que se dan en la práctica: el silencio, la aprobación, la oposición y la recalificación. Es importante señalar que estas diferentes formas de reacción no presentan, desde el punto de vista de sus efectos, iguales dificultades.

PORTUGAL

1. Como se establece claramente en las directrices, las reservas y las declaraciones interpretativas son dos conceptos jurídicos diferenciados. Una «reserva» tiene por objeto modificar o excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, mientras que una «declaración interpretativa» tiene la finalidad de precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones. Por consiguiente, una reserva tiene efectos jurídicos directos, en tanto que una declaración interpretativa se relaciona fundamentalmente con el problema metodológico de la interpretación, aunque también conlleva consecuencias jurídicas.

2. Al ser dos conceptos jurídicos diferentes, deben tratarse separadamente salvo en los casos en que están interrelacionados. Recordando que las Convenciones de Viena no regulan las declaraciones interpretativas, Portugal se ha mostrado partidario de actuar con cautela, ya que la Comisión está abordando cuestiones que quedan fuera de su ámbito de competencia.

Directriz 2.9.1 (Aprobación de una declaración interpretativa)

PORTUGAL

1. Portugal considera que el término «aprobación» tiene una fuerte connotación jurídica que no es coherente con la cuestión objeto de examen. Portugal preferiría que se utilizara una expresión más suave, como «consentimiento». Esta expresión tendría que utilizarse de manera uniforme en otras directrices, según procediera.

2. Véanse también las observaciones que se formulan más adelante en relación con la directriz 3.6.

Directriz 2.9.2 (Oposición a una declaración interpretativa)

EL SALVADOR

1. Es notable la postura de la Comisión contenida en esta directriz, al prever la posibilidad de que los Estados o las organizaciones internacionales reaccionen negativamente a la formulación de una declaración interpretativa bajo la denominada «oposición», con lo cual se diferencia dicha figura de las «objeciones», cuya aplicación se entiende entonces únicamente referida a las reservas. En tal sentido, El Salvador se adhiere a lo establecido en la directriz 2.9.2 respecto a la figura de la oposición.

2. Ahora bien, El Salvador desea referirse a la última frase de la directriz apuntada, es decir, la posibilidad de formular «incluso [...] una interpretación alternativa».

3. La actitud del Estado o de la organización internacional al expresar su oposición puede ser muy variada, pues, como ya señalaba el Relator Especial,

> la reacción negativa a una declaración interpretativa puede adoptar varias formas: puede consistir en un rechazo puro y simple de la interpretación formulada en la declaración o en una contrapropuesta de interpretación de la disposición o las disposiciones en litigio, o incluso en una tentativa de limitar el alcance de la declaración inicial, interpretada a su vez[1].

4. En cuanto al supuesto específico de la contrapropuesta, que en la Guía de la Práctica se denomina «interpretación alternativa»[2], El Salvador entiende que esta también podría presentar distinta naturaleza según los términos en que sea planteada y de acuerdo a las intenciones del Estado que la realice. Así, con la interpretación alternativa, pudiera ser que la intención sea la de expresar el rechazo acompañado de una interpretación con la que solo se pretenda hacer una recomendación al Estado que ha formulado la declaración interpretativa original; o bien, que junto al rechazo buscara la formulación de una declaración interpretativa propia. En el último caso, El Salvador considera que se estaría ante una nueva declaración formulada por otro Estado distinto al que hizo la declaración interpretativa inicial, razón por la que le serían aplicables todo el conjunto de reglas relativas a las declaraciones interpretativas en general.

5. Las posibilidades señaladas no se encuentran contenidas ni en la correspondiente directriz ni en el comentario a la misma, y posiblemente no se ha hecho referencia a ello, puesto que este problema no se presenta en las meras oposiciones, ya que estas únicamente consisten en el rechazo de la interpretación realizada; sin embargo, El Salvador considera pertinente aclarar el tratamiento que ha de dársele a la declaración alternativa y sus correspondientes efectos, ya sea en la directriz o en su comentario, para evitar el posible vacío que pueda surgir en su aplicación práctica.

[1] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, pág. 8, párr. 22.

[2] Véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 13 del comentario a la directriz 2.9.2: «La Comisión se ha preguntado por el calificativo más apropiado para designar las oposiciones que se traducen en una propuesta de interpretación diferente de la que se había sugerido en la declaración interpretativa inicial. Ha descartado los adjetivos "incompatible" o "disconforme" (*inconsistent*) en favor de "alternativa" a fin de no confinar la definición de las oposiciones a las declaraciones interpretativas dentro de límites demasiado estrictos».

PORTUGAL

Portugal valora positivamente las mejoras introducidas en relación con la versión de 2008[1], al suprimir la expresión «excluir o limitar sus efectos». Esta expresión podía ser engañosa al tratar de distinguir claramente entre reservas y declaraciones interpretativas. Sin embargo, Portugal cuestiona si la propuesta de una interpretación alternativa no sería de hecho una nueva declaración interpretativa con un efecto de rechazo, más que una mera oposición.

[1] Véase *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 75, nota 212.

Directriz 2.9.3 (Recalificación de una declaración interpretativa)

El Salvador

1. El Salvador reconoce la importancia de esta directriz, que encuentra su principal fundamento en la necesidad de regular la conducta bastante usual de los Estados y las organizaciones internacionales al momento de formular una declaración unilateral cuyo contenido no corresponde al título bajo el cual se formula; es decir, de regular la tendencia habitual de realizar reservas bajo la denominación de «declaraciones interpretativas» y viceversa.

2. Esta situación se presenta aún más complicada cuando la declaración se formula precisamente bajo el mismo título de «declaración», sin expresar ni brindar indicio alguno respecto a su verdadera naturaleza. Ello, como indicaba el Relator Especial en su tercer informe, «obliga a interesarse en el contenido mismo de las declaraciones y en el efecto que pretenden producir»[1].

3. Sobre este esencial aspecto, El Salvador manifiesta su adhesión a la postura expresada por el Relator Especial, en el sentido de establecer la «indiferencia al nominalismo»[2] como un elemento de las definiciones de reserva y de declaración interpretativa que se encuentran incluidas en las directrices 1.1 y 1.2, respectivamente, entendiendo dicho elemento como la falta de efecto vinculatorio de la denominación otorgada a una declaración y su verdadera naturaleza, lo que, en consecuencia, implicaría que una declaración conserva su naturaleza independientemente del nombre o título bajo el cual se formule.

4. La directriz propiamente dicha se complementa con las directrices 2.9.4 a 2.9.7, que establecen reglas sobre el momento en que se puede realizar una recalificación, su formulación preferiblemente por escrito y, de ser posible, su motivación; sin embargo, El Salvador advierte con preocupación la ausencia de un elemento que, a su parecer, resulta de vital importancia, cual es el de la estipulación del funcionamiento práctico de la recalificación una vez que ha sido formulada.

5. Preocupa a El Salvador que no se haya establecido ninguna directriz relativa al modo de proceder cuando un Estado recalifique una declaración, ni se haya indicado con exactitud el momento a partir del cual puede tenerse por modificado su régimen; aunque ya se tenga por entendido, en virtud del comentario a esta directriz, que «la «recalificación» no determina de por sí el régimen de la declaración en cuestión». Ante ello cabría preguntarse entonces cuál es el efecto real que podría generar esta tentativa o propuesta de recalificación, si evidentemente «no se impone ni al autor de la declaración inicial ni a las demás partes contratantes o interesadas»[3].

6. Es cierto que en los comentarios correspondientes a esta directriz, contenidos en el respectivo informe de la Comisión, así como en el decimotercer informe del Relator Especial[4], ha quedado establecido que «[l]a divergencia de opiniones entre los Estados o las organizaciones internacionales interesadas solo se puede resolver con la intervención de un tercero imparcial competente para decidir»[5]; lo que, aunque refleja algún indicio de la forma de resolver la situación, no es aún suficientemente claro respecto al sometimiento efectivo de la declaración interpretativa al régimen de las reservas.

[1] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, pág. 283, párr. 253.

[2] Ibíd., pág. 289, párr. 291.

[3] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 6 del comentario a la directriz 2.9.3.

[4] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, pág. 3.

[5] Véase la nota 3 *supra*.

Portugal

1. Portugal alberga dudas sobre las disposiciones de la directriz 2.9.3 (Recalificación de una declaración interpretativa) que parecen permitir que un Estado o una organización internacional recalifiquen mediante una declaración unilateral la naturaleza de la declaración a la que responden. Puede que solo sea una cuestión de semántica, pero Portugal cree que convendría dejar de lado cualquier enfoque voluntarista de esta cuestión. Por otra parte, partiendo de la base de que una «reserva oculta» es efectivamente una reserva y no una declaración interpretativa, Portugal considera que la Comisión debería seguir reflexionando sobre si este capítulo es el lugar adecuado para una disposición de esa naturaleza.

2. En cualquier caso, Portugal reconoce la evolución alcanzada en la redacción dela propia directriz cuando se compara con su versión inicial. Por ejemplo, acoge con agrado que se utilice el término «recalificación» en lugar de «reclasificación».

Directriz 2.9.4 (Facultad para formular una aprobación, una oposición o una recalificación)

Francia

Francia estima que, por razones de seguridad jurídica, sería preferible que la facultad de formular una aprobación, una oposición o una recalificación a una declaración interpretativa solo pueda ser ejercida por los Estados dentro del plazo de 12 meses siguientes a la fecha en que se les haya notificado la declaración interpretativa.

Portugal

Portugal tiene ciertas dudas en cuanto a la mera afirmación de que las declaraciones interpretativas pueden formularse en cualquier momento. Por ejemplo, un Estado o una organización internacional no debe estar facultado para formular una declaración interpretativa en relación con un tratado o algunas de sus disposiciones en el contexto de un proceso de solución de una controversia que se refiera a su interpretación. De ahí que una referencia al principio de buena fe sea una solución prudente al respecto.

Directriz 2.9.6 (Motivación de la aprobación, la oposición y la recalificación)

MALASIA

Por lo que respecta a la directriz 2.9.6, Malasia entiende que la directriz no obliga a los Estados a exponer las razones de sus respuestas. Se señala que la directriz 4.7.1 dispone que en la interpretación de los tratados puede considerarse una aprobación de una declaración interpretativa o una oposición a ella a fin de determinar la ponderación que se ha de dar a dicha declaración interpretativa. Por ende, habida cuenta de que dichas respuestas surtirán efecto sobre las declaraciones interpretativas de los Estados, solo corresponde a los Estados que presentan una respuesta indicar los motivos en que se funda su aprobación y oposición. Aunque la recalificación no afecta la validez sustantiva ni el efecto de una declaración interpretativa, convendría también que todo acto de recalificación estuviese acompañado de una exposición de motivos, con lo cual se evitaría que los Estados aprobaran, se opusieran o recalificaran una interpretación propuesta por otros Estados sin razones válidas. Además, Malasia estima que a los Estados se les debería reconocer el derecho de saber por qué sus declaraciones interpretativas se aprueban o son objeto de oposición o recalificación. Malasia propone, pues, que el requisito de exponer los motivos en que se fundan la aprobación, oposición o recalificación tenga carácter obligatorio.

Directrices 2.9.8 (Falta de presunción de aprobación o de oposición) y 2.9.9 (El silencio respecto de una declaración interpretativa)

PORTUGAL

1. Portugal está de acuerdo en que las directrices 2.9.8 y 2.9.9 se refieren a dos cuestiones diferentes aunque relacionadas entre sí.

2. No parece haber dudas de que, al contrario de lo que ocurre con las reservas, en este caso no puede presumirse la aprobación ni la oposición. Además, es un principio del derecho que el silencio no puede considerarse un instrumento declarativo a no ser que pueda inferirse claramente lo contrario. En lo que respecta a las declaraciones interpretativas, no existe una norma general sobre el valor del silencio como instrumento declarativo ni tampoco una expectativa legítima general de una reacción expresa a una declaración de ese tipo. En tal caso, y en lo que atañe a las declaraciones interpretativas, el silencio solo debe tener un significado cuando su valor pueda inferirse claramente de una disposición del tratado.

3. Teniendo en cuenta lo anterior, Portugal considera que es preciso mejorar la redacción del párrafo 2 de la directriz 2.9.9 para aclarar el significado que debe atribuirse a la expresión «casos excepcionales». El párrafo 5 del correspondiente comentario debería perfeccionarse para ofrecer orientación adicional.

Directriz 2.9.9 (El silencio respecto de una declaración interpretativa)

FRANCIA

Francia estima que podría haber circunstancias en las cuales el silencio guardado en relación con una declaración interpretativa podría constituir aquiescencia al respecto. Sin embargo, no hay duda de que el principio consagrado debe ser que la aceptación de una declaración interpretativa no puede presumirse ni inferirse del mero silencio. Todo depende de las circunstancias e incluso de circunstancias particulares y hasta excepcionales, en las cuales el silencio o el comportamiento de un Estado directa y sustancialmente interesado por la precisión o la aclaración que aporta la declaración interpretativa de otro Estado contratante será necesariamente tomado en cuenta a los efectos de la interpretación del tratado, por ejemplo en el contexto de una controversia existente entre dos Estados contratantes. Puesto que no constituye aquiescencia a una declaración interpretativa, el silencio no parece estar llamado a incidir en los efectos jurídicos que esta última pueda producir. En todo caso, no conviene desconocer la facultad de un Estado contratante, en lo que le concierne, de aclarar o precisar el sentido de un tratado o de sus disposiciones por medio de dichas declaraciones.

NUEVA ZELANDIA

Nueva Zelandia considera que el silencio no debe suponer necesariamente aquiescencia a una declaración interpretativa, y que la aquiescencia debe determinarse conforme al derecho internacional general. El párrafo 2 de la directriz 2.9.9 al parecer modifica lo anterior pues impondría a los Estados la carga de responder a una declaración interpretativa para evitar quedar vinculados por ella. La posibilidad de quedar vinculado por dichas declaraciones, incluso en los casos en que se restringe a circunstancias excepcionales, supondría una carga administrativa demasiado grande para los Estados, especialmente para los Estados más pequeños, pues significaría que habría que examinar cada declaración interpretativa y dar una respuesta a fin de proteger su postura. Por ende, Nueva Zelandia no apoya el párrafo 2 de la directriz 2.9.9.

REINO UNIDO

El Reino Unido no considera que el silencio como respuesta a una declaración interpretativa constituya necesariamente aquiescencia. El párrafo 2 de la directriz 2.9.9 debe suprimirse, dejando que la cuestión de la aquiescencia se resuelva por remisión al derecho internacional. En el comentario no se dan ejemplos de los casos excepcionales en los cuales el silencio se puede interpretar o ha sido interpretado como aquiescencia. Dado que una declaración interpretativa carece de condición jurídica formal, el Reino Unido duda que se puedan extraer conclusiones firmes del silencio de los Estados partes existentes.

[Directriz 2.9.10 (Reacciones a las declaraciones interpretativas condicionales)] [1]

FRANCIA

Véanse las observaciones sobre la directriz 2.4.5.

PORTUGAL

Portugal comparte la opinión de que las declaraciones interpretativas condicionales no pueden considerarse

[1] Las directrices sobre las declaraciones interpretativas condicionales se han incluido entre corchetes en espera de que la Comisión adopte una decisión definitiva acerca de si el régimen jurídico de esas declaraciones sigue íntegramente el de las reservas.

como meras declaraciones interpretativas. Sin embargo, tampoco pueden tener la consideración de reservas, ya que supeditan la participación en el tratado a una determinada interpretación, mientras que las reservas tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos del tratado. Su posición jurídica poco clara puede aportar incertidumbre al tratamiento de este tema, con el consiguiente perjuicio para el diálogo sobre las reservas, que debería preservarse cuidadosamente.

Sección 3 (Validez de las reservas y declaraciones interpretativas)

FRANCIA

1. Francia estima que en este caso se deben distinguir dos conceptos: validez y oponibilidad. La validez es la calidad de un acto jurídico que reúne todas las condiciones de forma y de fondo para producir efectos jurídicos. La reserva que no se formulara conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de las Convenciones de Viena sería, pues, inválida. En el orden jurídico internacional, la validez de una reserva es apreciada subjetivamente por cada Estado por su propia cuenta. De esta particularidad bien conocida del derecho internacional se deriva la consecuencia de que una misma reserva puede ser considerada inválida por determinados Estados y válida por otros. La nulidad, que constituye la sanción de invalidez en derecho interno, no parece constituir, en estas condiciones, una sanción apropiada, en derecho internacional, de la invalidez de una reserva. El concepto de oponibilidad, y en particular de inoponibilidad, permite calificar de manera más adecuada la sanción de esta invalidez apreciada subjetivamente. En este sentido, la objeción permite que el Estado que juzga inválida una reserva pueda declarar que los efectos de dicha reserva le son inoponibles.

2. Francia desea recordar su preferencia por la expresión «oponibilidad de las reservas». Por un lado, el concepto de validez no parece ser verdaderamente neutral, sino que parece remitir a una forma de examen objetivo relativamente distante del intercambio de apreciaciones subjetivas que imponen las particularidades bien conocidas del orden jurídico internacional. Por otra parte, y en especial, el concepto de «oponibilidad» parece reflejar mejor la realidad de las relaciones que suscita la formulación de una reserva entre el Estado autor de la reserva y las demás partes contratantes. Mucho dependerá, pues, de las reacciones de estas últimas. Si hace demasiado hincapié en la cuestión de la validez de las reservas, la Comisión corre el riesgo de propiciar la idea discutible de que las partes en el tratado podrían negar la existencia misma de una reserva desprovista, a su juicio de validez. Dicho lo cual, estas observaciones no afectan en absoluto la apreciación muy positiva que a Francia le merece la estructura general de las directrices consagradas a la «validez de las reservas».

Directriz 3.1 (Validez sustantiva de una reserva)

FRANCIA

Francia concuerda con la posición de la Comisión de reproducir el texto del artículo 19 de las Convenciones de Viena en la directriz 3.1, sin procurar una modificación sustancial de sus términos. Alterar las formulaciones de esta disposición bien conocida seguramente causaría confusiones perjudiciales e inútiles.

Directriz 3.1.1 (Reservas expresamente prohibidas por el tratado)

FRANCIA

Las directrices 3.1.1 a 3.1.4 parecen totalmente pertinentes, en el sentido de que aportan las aclaraciones necesarias respecto a las dificultades de interpretación que plantea el artículo 19.

Directrices 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)

FRANCIA

Véanse las observaciones sobre la directriz 3.1.1.

REINO UNIDO

1. La directriz 3.1.2 pretende aclarar el significado de la expresión «determinadas reservas». Si bien acoge con beneplácito el criterio flexible adoptado por la Comisión, el Reino Unido sigue preocupado por el hecho de que la definición quizás no subsuma todas las circunstancias en que una reserva puede ser «determinada». Un elemento clave del problema es la falta de precisión de la directriz en cuanto a qué grado de detalle es necesario para que una disposición del tratado indique «determinadas reservas». Si una disposición del tratado es precisa en lo que respecta a la naturaleza exacta de la reserva (véase, por ejemplo, el Protocolo Adicional n.º 2 que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929 modificado por el Protocolo hecho en La Haya el 28 de septiembre de 1955) y se formula una reserva que se ajuste estrictamente a ella, no parece apropiado superponer una evaluación de si la reserva es compatible con el objeto y el fin del tratado. Sin embargo, si la disposición del tratado tan solo autoriza reservas a artículos enumerados y excluye otros artículos enumerados, el contenido de toda reserva que se formule con respecto a un artículo en la lista permitida puede, con todo, dar lugar a una objeción.

2. El Reino Unido concuerda también con las directrices 3.1.3 y 3.1.4, que disponen que toda reserva que no esté prohibida por el tratado, o que no sea una reserva «determinada», debe ser compatible con el objeto y el fin del tratado. Sin embargo, cuestiona la referencia en el comentario relativo a la aplicabilidad de los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de la Convención de Viena[1]; el Reino Unido estima que este artículo no se aplica, o solo se aplica por analogía, a las reservas prohibidas.

3. El Reino Unido observa, sin embargo, que bien puede suceder que la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado se ponga de manifiesto, o

[1] Véase *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 158, párr. 159.

se establezca, muchos años después de formulada dicha reserva, quizás exclusivamente en el contexto de acciones litigiosas. Por lo tanto, no acepta la sugerencia formulada en el comentario relativo a la directriz 4.5.2 de que las declaraciones hechas posteriormente por el autor de una reserva, o en el contexto de actuaciones judiciales, necesariamente «deben ser tratadas con prudencia»[2].

[2] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 43 del comentario a la directriz 4.5.2.

Directriz 3.1.5 (Incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado)

FRANCIA

La definición que se propone en esta directriz es útil, en particular porque mantiene la unicidad del concepto del objeto y el fin del tratado. No cabe duda de que se podría distinguir teóricamente entre el objeto de un tratado y su fin. Sin embargo, además de que no siempre resulta fácil hacer esa disociación en cada caso concreto, al parecer ella no se ajustaría a la práctica, la cual consiste, para las partes contratantes, en apreciar la oponibilidad o, si se emplea el término que figura en la Guía, la «validez» de la reserva respecto al objeto o al fin del tratado en su totalidad. Francia encomia a la Comisión por las modificaciones introducidas en 2006 a esta directriz. La nueva definición del concepto de objeto y fin del tratado supone una notable mejora en relación con la propuesta inicial. Así pues, la adición de la referencia a la estructura general del tratado responde a las inquietudes formuladas por Francia durante sus observaciones de 2005. La única referencia a los elementos esenciales del tratado no es satisfactoria, puesto que puede resultar difícil determinar de manera indiscutible cuáles son los elementos cuyo menoscabo podría comprometer la razón de ser del tratado. Algunas partes en el tratado podrían, por ejemplo, considerar, contrariamente a otras, que las disposiciones sustanciales del tratado son indisociables de las cláusulas relativas a los mecanismos de aplicación y que una reserva relativa a estas últimas cláusulas haría que el tratado perdiera su razón de ser. Además, el hecho de asociar el fin y el objeto del tratado con sus elementos esenciales podría llevar a atenuar el carácter criticable de las reservas relativas a disposiciones quizás menos importantes pero que participan plenamente en el equilibrio del dispositivo convencional. La definición finalmente adoptada vincula los elementos esenciales del tratado con la «estructura general» de este último y ello permite preservar tanto el espíritu como la letra del tratado, e incluso salvaguardar su equilibrio convencional.

Directriz 3.1.6 (Determinación del objeto y el fin del tratado)

FRANCIA

Este directriz completa de manera útil el proyecto 3.1.5 consagrado a la definición del concepto de objeto y el fin del tratado. Francia estima que es importante que el objeto y el fin del tratado no se determinen únicamente en relación con los términos del tratado, sino además teniendo presente su «estructura general».

Directriz 3.1.7 (Reservas vagas o generales)

FRANCIA

Francia acoge con apreciación los esfuerzos realizados por la Comisión en el párrafo 4 del comentario sobre esta directriz[1], a fin de precisar la articulación entre este proyecto y el que tiene que ver con las reservas relativas al derecho interno (directriz 3.1.11, en el que se indica que las reservas por las que un Estado se proponga «preservar la integridad de determinadas normas del derecho interno» y podrán formularse únicamente en la medida en que dichas normas sean compatibles con el objeto y el fin del tratado). En la práctica, suele suceder que las reservas relativas a la aplicación del derecho interno son precisamente las que se formulan en términos vagos y generales. A juicio de Francia, dichas reservas pueden suscitar problemas importantes: muchas veces no permiten que las otras partes determinen el verdadero alcance de la adhesión del Estado autor de la reserva al tratado; además, esas reservas pueden incluso hacer temer a las citadas partes que, en función de la evolución ulterior del derecho interno del Estado autor de la reserva, la adhesión de este último se vea menoscabada.

[1] Véase *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 33.

Directriz 3.1.8 (Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria)

REINO UNIDO

En el párrafo 1 de esta directriz se señala que el hecho de que una disposición convencional refleje una norma consuetudinaria es un factor pertinente con vistas a la determinación de la validez de una reserva. El Reino Unido no está convencido de que así sea. Tal como indicó en sus comentario a la Observación general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, «existe una clara distinción entre decidir no contraer obligaciones en virtud de un tratado y tratar de no acatar el derecho internacional consuetudinario»[1]. Sin embargo, el Reino Unido está de acuerdo con el párrafo 2 de la directriz, a tenor del cual una reserva de esa índole no afecta al carácter obligatorio de la norma consuetudinaria pertinente, que continuará siendo aplicable.

[1] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/50/.40), Comentario general n.º 24, anexo VI, párr. 7.

Directriz 3.1.9 (Reservas contrarias a una norma de **jus cogens***)*

FRANCIA

La referencia a las normas imperativas del derecho internacional general (*jus cogens*) plantea la cuestión del alcance de dicho concepto, cuyo contenido, no definido, queda aún por precisar.

Directriz 3.1.11 (Reservas relativas al derecho interno)

FRANCIA

Véanse las observaciones sobre la directriz 3.1.7.

Directriz 3.1.12 (Reservas a los tratados generales de derechos humanos)

EL SALVADOR

Véanse las observaciones que se formulan más adelante en relación con la directriz 4.2.5.

REINO UNIDO

Con respecto a la directriz 3.1.12, el Reino Unido no considera que los tratados de derechos humanos deban recibir un trato distinto al de los demás acuerdos internacionales. Está convencido de que las reservas a los tratados de carácter normativo, incluidos los tratados de derechos humanos, deben quedar sujetas a las mismas reglas que las reservas a otros tipos de tratados. A juicio del Reino Unido, no hay razones de índole jurídica o normativa que justifiquen conceder un trato diferenciado a los tratados de derechos humanos. Toda sugerencia de que se apliquen normas especiales sobre reservas a los tratados en diferentes ámbitos, como los derechos humanos, resultaría contraproducente. Es importante recordar que la legislación sobre las reservas a los tratados tiene su origen en la opinión consultiva de la CIJ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, de 28 de mayo de 1951[1]. Por consiguiente, el Reino Unido sugiere que se suprima esta directriz. El Reino Unido observa que el segundo informe del Relator Especial[2] concuerda con las opiniones expresadas anteriormente.

[1] *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 15; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 25.

[2] *Anuario… 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477 y Add.1, pág. 39.

Directriz 3.1.13 (Reservas a las cláusulas convencionales de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado)

REINO UNIDO

El Reino Unido observa que esta directriz bien puede ser superflua. Ello se debe a que se limita a confirmar que las reservas descritas en la directriz han de evaluarse en función de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado en cuestión, lo que ya debería quedar de manifiesto del contenido de las directrices 3.1.5 y 3.1.6.

Directriz 3.2 (Evaluación de la validez sustantiva de las reservas)

AUSTRIA

1. La multitud de actores competentes que contempla la directriz 3.2 conlleva el riesgo de que se produzcan evaluaciones divergentes. Todos los actores enumerados en esta directriz están, en ciertas condiciones, facultados para realizar una evaluación de la validez sustantiva, pero los efectos varían de uno a otro. Mientras que la evaluación por una parte en el tratado puede afectar solo a esa parte, la evaluación de un órgano creado en virtud de un tratado puede tener efectos para todas las partes, siempre que el órgano tenga la competencia necesaria (lo que, no obstante, solo en contadas ocasiones queda fuera de toda duda). La decisión de un órgano de solución de controversias solo tiene efectos para las partes en la controversia. Si los diversos actores no coinciden en sus evaluaciones puede surgir una situación bastante complicada. Como ya se indica en el comentario, tal desacuerdo no es muy propicio a la aplicación del propio tratado. Es evidente que resulta necesario seguir aclarando esta cuestión.

2. Por lo que se refiere al plazo, es discutible por qué una parte debe estar limitada por la norma de los 12 meses, mientras que un órgano de solución de controversias puede realizar su evaluación en cualquier momento. Es evidente que la necesidad de disponer de unas relaciones convencionales estables exige el establecimiento de ciertos plazos. Pero, ¿implica este plazo que una parte en el tratado no puede alegar la invalidez sustantiva de una reserva ante un órgano de solución de controversias una vez transcurridos 12 meses? Da la impresión de que una parte podría eludir este plazo planteando la cuestión ante un órgano de solución de controversias, iniciativa que puede tomar en cualquier momento. No obstante, es indudable que tal procedimiento llevaría aparejados mayores gastos.

FRANCIA

La creación de mecanismos de supervisión por numerosos tratados relativos a los derechos humanos plantea problemas especiales, particularmente en lo relativo al control de la «validez» de las reservas formuladas por los Estados. Aunque esos problemas no se contemplaron cuando se elaboró la Convención de Viena de 1969, no parece imposible hoy día instituir esos mecanismos que, por otra parte, pueden resultar muy útiles y eficaces. Sin embargo, los órganos de supervisión solo pueden controlar la «validez» de las reservas formuladas por los Estados cuando ello haya sido expresamente previsto. La voluntad común de los Estados de conceder dicha competencia a esos órganos necesariamente debe constar en el texto convencional. El régimen europeo de protección de los derechos humanos ilustra perfectamente esta posibilidad y esta exigencia. En ausencia de tales mecanismos, incumbe al Estado autor de la reserva afrontar las consecuencias de la incompatibilidad de la reserva que ha formulado respecto al objeto y el fin del tratado, de la misma forma que incumbe al Estado que formula la objeción a la reserva afrontar las consecuencias de su decisión en lo que respecta al mantenimiento de su vínculo convencional con el Estado que ha presentado la reserva. El órgano de supervisión es un órgano jurisdiccional o asimilado que debe su existencia al tratado. No puede arrogarse otras competencias que las que le hayan conferido explícitamente los Estados partes. Si los Estados desean conferir a un órgano de supervisión ciertas competencias para apreciar o establecer la «validez» de una reserva, es indispensable que se consignen en cláusulas expresas en los tratados multilaterales, en particular en los tratados relativos a los derechos humanos. Cuando en los tratados no se prevean esos mecanismos, corresponde a los Estados, y exclusivamente a ellos modificar el tratado, completarlo si es necesario mediante un protocolo, para instituir un mecanismo de supervisión apropiado y muchas veces útil y eficaz, o reaccionar ante una reserva que consideren incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Directrices 3.2.1 (Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de una reserva), 3.2.2 (Determinación de la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de las reservas), 3.2.3 (Cooperación de los Estados y las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados), 3.2.4 (Organismos competentes para evaluar la validez de las reservas en caso de que se cree un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado) y 3.2.5 (Competencia de los órganos de solución de controversias para evaluar la validez de las reservas)

REINO UNIDO

1. En relación con la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados, que se establece en las directrices 3.2.1 a 3.2.5, el Reino Unido considera que la función que pueda desempeñar un órgano de vigilancia de la aplicación de tratados en la evaluación de la validez de las reservas (o cualquier otra función) debiera dimanar principalmente de las disposiciones jurídicamente vinculantes del tratado y que esas mismas disposiciones han de ser el resultado de una libre negociación entre los Estados y otros sujetos de derecho internacional. Por consiguiente, el Reino Unido cuestiona que sea atinado tratar de crear un marco permisivo de muy alto nivel para ese tipo de actividad, cuando es mejor dejar en manos de los Estados que negocian el tratado decidir, caso por caso, qué facultades deben asignarse a un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado. Igualmente, los efectos jurídicos de la evaluación de la validez de las reservas hecha por un órgano de vigilancia se deben determinar con referencia a las funciones que se le encomiendan en el tratado.

2. A falta de una disposición convencional expresa, el Reino Unido no está de acuerdo en que los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados tengan «competencia para pronunciarse sobre la validez» de las reservas. Véanse las observaciones del Reino Unido sobre la Observación general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos[1], en las que se expone plenamente su posición. Todo comentario o recomendación hecho por un órgano de vigilancia de la aplicación de tratados debe ser tomado en cuenta por el Estado de la misma manera que otras recomendaciones y comentarios en sus informes periódicos. El Reino Unido acepta, sin embargo, que un órgano de vigilancia de la aplicación de tratados acaso tenga que expresar una opinión sobre la condición y el efecto de una reserva cuando ello sea necesario para que dicho órgano pueda cumplir así sus funciones sustantivas.

[1] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/50/40), Comentario general n.º 24, anexo VI.

Directriz 3.2.1 (Competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de una reserva)

FRANCIA

Contrariamente al argumento que sirve de base a esta directriz, Francia desea señalar que, para que un órgano encargado de controlar la aplicación de tratados pueda apreciar la «validez» de las reservas, los Estados o las organizaciones internacionales deben necesariamente otorgarle esa competencia. Convendría, pues, adoptar una redacción que evitara esa automaticidad entre la posibilidad de controlar la aplicación del tratado y la apreciación de la validez de las reservas. La segunda competencia no se deriva de la primera.

Directriz 3.2.2 (Determinación de la competencia de los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados en materia de evaluación de la validez de las reservas)

FRANCIA

A juicio de Francia, en la redacción de esta directriz se debería hacer constar con mayor claridad el carácter fundamental de las cláusulas de competencia de los órganos en materia de apreciación de la validez de las reservas, en el tratado o en un protocolo adicional, permitiendo que los Estados y las organizaciones internacionales puedan enunciar formalmente la competencia que confieren a un órgano de control de la aplicación de los tratados en materia de apreciación de la «validez» de las reservas.

REINO UNIDO

El Reino Unido considera que cuando existe una intención expresa de los Estados que negocian un tratado de conferir esa función a un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado, los Estados actuarán como corresponda para que las disposiciones del tratado reflejen esa intención. En ningún caso se ha de interpretar que la ausencia de una referencia específica en las disposiciones del tratado a las facultades para evaluar la validez de las reservas autoriza a asumir una función jurídicamente vinculante en tal sentido.

Directriz 3.2.3 (Cooperación de los Estados y las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados)

REINO UNIDO

Esta directriz se ha formulado como una obligación de cooperar. Se trata obviamente *de lege ferenda*: si bien la cooperación es deseable, la obligación de cooperar debe derivarse de una norma expresa del tratado. Además, si bien existe el requisito de «cooperar» con un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado y de «tener plenamente en cuenta la evaluación que este haga de la validez de las reservas que hayan formulado», no se especifican ni el alcance ni los límites de esa cooperación o consideración. En consecuencia, se puede cuestionar en qué medida ese requisito puede considerarse satisfecho con arreglo a la directriz.

Directriz 3.2.4 (Organismos competentes para evaluar la validez de las reservas en caso de que se cree un órgano de vigilancia de la aplicación de un tratado)

FRANCIA

En esta directriz se postula la falta de concurrencia de competencias de control pero no se aborda la hipótesis de una diferencia de apreciación entre los diferentes órganos y sujetos susceptibles de examinar la validez de una

reserva. Ahora bien, Francia estima que conviene elucidar mejor la cuestión.

Directriz 3.3 (Consecuencias de la falta de validez de una reserva)

ALEMANIA

Véanse las observaciones que se formulan más adelante en relación con la directriz 4.5.1.

FRANCIA

1. Se trata, sin lugar a dudas, de un problema espinoso que las Convenciones de Viena no han resuelto. Es precisamente por ese motivo que, en la medida de lo posible, la Comisión debe tratar de aportar aclaraciones sobre las consecuencias de la «invalidez» de una reserva o incluso sobre el efecto de una objeción a una reserva. Si la Guía de la Práctica guardara silencio sobre estas cuestiones, solo estaría respondiendo parcialmente a las expectativas que legítimamente ha suscitado. El principio enunciado en esta directriz parece a todas luces idóneo, incluso si el título del proyecto, que hace hincapié en las «[c]onsecuencias de la falta de validez de una reserva», aparentemente no refleja el contenido del proyecto, que versa más que nada, sobre las causas de la «falta de validez».

2. La cuestión de las consecuencias de las reservas «inválidas» constituye uno de los problemas más espinosos que plantean las disposiciones de la Convención de Viena de 1969. Ninguna disposición de esa Convención se refiere a la articulación entre las reglas relativas a las reservas prohibidas y las relativas al mecanismo de aceptación u objeción a las reservas. Francia se muestra poco favorable a la utilización de términos (como «validez» y «nulidad» de las reservas) que no reflejen la importancia del abanico de reacciones de los Estados frente a las reservas formuladas por otros Estados. Pese al vocabulario empleado, las cuestiones relativas a las consecuencias de las reservas «inválidas» tienen principalmente su respuesta en el mecanismo de las objeciones y aceptaciones formuladas por los Estados en relación con el Estado autor de la reserva. Si la constatación de la «invalidez» la hace un órgano de control, las consecuencias de dicha constatación solo pueden depender de las competencias reconocidas a ese órgano. Por el contrario, la oponibilidad de la reserva entre los Estados partes sigue dependiendo de las aceptaciones o las objeciones formuladas por estos últimos.

Directriz 3.3.1 (Invalidez de las reservas y responsabilidad internacional)

FRANCIA

1. Este directriz subraya, acertadamente, que las reservas constituyen parte del derecho de los tratados y no del derecho de la responsabilidad internacional.

2. Véanse las observaciones relativas a la sección 3.

Directriz 3.3.2 (Efecto de la aceptación individual de una reserva inválida)

ALEMANIA

Véanse las observaciones que se formulan más adelante en relación con la directriz 4.5.1.

EL SALVADOR

1. Las directrices 3.3.2 (Efecto de la aceptación individual de una reserva inválida) y 3.3.3 (Efecto de la aceptación colectiva de una reserva inválida) son tratadas en este apartado de manera conjunta debido a que las observaciones a realizar se refieren a cuestiones contenidas en ambas.

2. Como primer aspecto, debe indicarse que el contenido de las dos directrices es plenamente coherente con los principios y fundamentos básicos de las reservas. Así, la directriz 3.3.2 se basa en la premisa ya ampliamente reconocida de que la aceptación de una reserva no puede subsanar su invalidez, lo cual se debe a que los motivos de invalidez sustantiva —su prohibición expresa o su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado— operan *ipso facto* y no pueden ser revertidos por la mera aceptación realizada por un Estado o por una organización internacional.

3. Esta situación es distinta cuando, como refleja la directriz 3.3.3, no es únicamente un Estado u organización internacional sino la totalidad de estos quienes aceptan la reserva realizada. Ello constituiría un acuerdo unánime que, siguiendo la misma lógica de la realización de una enmienda al tratado mediante un acuerdo general *inter pares*, se encuentra permitido por el artículo 39 de la Convención de Viena de 1969[1].

4. El Salvador desea comentar ahora sobre la diferencia que hemos detectado en cuanto al alcance de las directrices 3.3.2 y 3.3.3, en concreto sobre el efecto que produce la incorporación del término «validez» en la primera de ellas, de cara a una interpretación armónica de la Guía.

5. Así se advierte que, al fijar la directriz 3.1 el alcance de la «validez sustantiva de una reserva», esta plantea tres supuestos específicos, a saber:

a)—que la reserva esté prohibida por el tratado;

b)—que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o

c)—que, en los casos no previstos en los apartados *a* y *b*, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

6. Dicho alcance es el que también se desprende del contenido de la directriz 3.3.2, que incorpora el término «validez», es decir, incorpora los tres supuestos a los que hace referencia la directriz 3.1. Sin embargo, a diferencia del alcance que las directrices 3.1 y 3.3.2 confieren al referido término, la directriz 3.3.3 únicamente contempla dos de los supuestos, lo cual, al parecer de El Salvador, viene a restringir el efecto de la «aceptación colectiva de una reserva inválida» y, por ende, limita su alcance.

7. De acuerdo con lo antes expuesto, El Salvador considera de gran utilidad que se incluya en los comentarios una explicación sobre la diferencia apuntada, y si esta no fuere sustancial, propone que se elabore una redacción similar que refleje la equivalencia de términos.

[1] El artículo 39 de la Convención de Viena de 1969 dice lo siguiente: «Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa».

Directriz 3.3.3 (Efecto de la aceptación colectiva de una reserva inválida)

Australia

1. Las directrices 3.3.3 y 3.4.1 parecen crear dos regímenes distintos en relación con la validez sustantiva de la aceptación de una reserva inválida: uno para la aceptación expresa y otro para la aceptación tácita. Esa situación no se ajusta al régimen establecido en la Convención de Viena. No está claro por qué en la directriz 3.4.1 se prohíbe la aceptación expresa de una reserva inválida, mientras que en la directriz 3.3.3 se contempla la posibilidad de la aceptación colectiva tácita de una reserva inválida. Por otro lado, en la directriz 3.3.3 no se especifica el plazo que tienen los Estados contratantes para formular una objeción, aunque es de suponer que se aplique el plazo de 12 meses establecido en la directriz 2.6.13. Es un aspecto que debería aclararse. Es más, si la aceptación colectiva de una reserva inválida está permitida de conformidad con la directriz 3.3.3, dicha aceptación debería permitirse también en la directriz 3.4.1.

2. La premisa subyacente de la directriz 3.3.3 que se expone en el comentario de la Comisión también es cuestionable, a saber, que la aceptación tácita de una reserva inválida puede constituir un acuerdo entre las partes por el que se modifica el tratado inicial. Australia pone en duda que las partes contratantes puedan llegar a un acuerdo simplemente a través del silencio o la inacción. Además, es difícil que la directriz 3.3.3 se pueda aplicar en la práctica, dada la improbabilidad de que un Estado decida pedir al depositario de un tratado que señale una reserva a la atención de los demás Estados contratantes y, sin embargo, no formule ninguna objeción a esa reserva. Sería conveniente que se aclararan más esas disposiciones.

3. La interacción entre estas disposiciones, relativas a la aceptación de reservas inválidas, y la sección 4.5, relativa a las consecuencias de una reserva inválida, es aún menos clara. Según los comentarios de las directrices, en la sección 4.5 se establece un régimen objetivo para determinar la invalidez de una reserva con independencia de la reacción de otros Estados, hecho que no concuerda con la directriz 3.3.3 y hace redundante la directriz 3.4.1.

Austria

1. Austria sigue teniendo graves dudas en relación con la directriz 3.3.3 sobre los efectos de la aceptación colectiva de una reserva inválida. Esta directriz parece invitar a los Estados a que formulen reservas prohibidas por un tratado, puesto que les permite formular la reserva y esperar a que los otros Estados se pronuncien al respecto. ¿En verdad se pretende que la reserva se considere válida si los demás Estados no presentan objeciones o mantienen silencio? ¿Deben los Estados contratantes tener el poder para invalidar el objeto y el fin de un tratado sin tener en cuenta la definición objetiva del fin y el propósito de este? Es algo que ciertamente no se ajusta a la idea de la Convención de Viena de 1969.

2. Además, la cuestión de la evaluación de los efectos del silencio sigue todavía sin respuesta. El comentario de la Comisión[1] parece indicar que el silencio no se puede equiparar a la aceptación de la reserva. Esa conclusión estaría en consonancia con la directriz 3.3.2, según la cual la nulidad de una reserva no se podrá subsanar con una aceptación individual. No obstante, sigue siendo dudoso que exista algo parecido a una posición colectiva de los Estados partes en tratados multilaterales de carácter general, en particular teniendo en cuenta que no se indica el momento en que se debe establecer esa posición colectiva y que los Estados partes varían con el tiempo. ¿Qué Estados son, por tanto, decisivos para que se produzca la aprobación basada en el silencio?

3. Por otro lado, el elemento temporal también sigue sin estar claro, ya que no se establece ningún plazo en la directriz 2.6.13. Aunque en el comentario se explica que la cuestión del plazo se ha dejado sin definir a propósito, sigue habiendo cuestiones prácticas que requieren que se aborde. Por ejemplo, ¿qué ocurre si un Estado se adhiere a un tratado diez años después de que haya entrado en vigor y, al ser informado por el depositario del mismo de la existencia de una reserva inválida, es el único Estado parte que formula una objeción a dicha reserva? ¿Debería considerarse inválida la reserva solo después de esta objeción? La redacción actual de las directrices parece apoyar esa conclusión. Esa situación plantea otro problema: ¿pasaría la reserva a ser inválida con efectos *ex nunc* o *ex tunc*?

4. En términos más generales, esta directriz parece contradecir las directrices 4.5.1 y 4.5.3 ya que, según estas, la nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o la aceptación de un Estado contratante o de una organización contratante. Austria considera que, en particular en lo que se refiere a las reservas contrarias al objeto y el fin de un tratado, la aceptación basada en el silencio no se ajusta a las reglas establecidas de las relaciones convencionales internacionales.

[1] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 5 del comentario.

El Salvador

Véanse las observaciones formuladas anteriormente en relación con la directriz 3.3.2.

Estados Unidos

1. Según la directriz 3.3.3, una reserva inválida (es decir, prohibida por el tratado o incompatible con su objeto y su fin) «se considerará válida» si ninguna de las partes hace una objeción a ella después de haber sido informada expresamente al respecto por el depositario a petición de una parte contratante. Tal como se explica en el comentario, la idea subyacente de esta directriz es que la aceptación tácita de una reserva puede constituir un acuerdo posterior de las partes que modifica el tratado inicial y permite que se invoque esa reserva en particular.

2. Hay dos aspectos que merece la pena señalar en relación con el enfoque de esta directriz. En primer lugar, su viabilidad es cuestionable. No está claro en qué circunstancias un Estado podría pedir al depositario de un tratado que señalara a la atención de las demás partes el hecho de que la reserva presentada por otro Estado es inválida

y sin embargo optara por no formular objeción alguna al respecto. En el comentario se cita como ejemplo de la práctica de los Estados la aceptación unánime por las partes en el Pacto de la Sociedad de las Naciones de la reserva de neutralidad formulada por Suiza, a pesar de la prohibición de formular reservas establecida en el Pacto[1]. No obstante, en el comentario no se especifica si esa aceptación se produjo con arreglo al proceso previsto en la directriz 3.3.3.

3. En segundo lugar, y lo que es más importante, si se puede llegar a un acuerdo posterior de las partes mediante la aceptación tácita de una reserva inválida a fin de «considerar» esa reserva válida, eso debería ser cierto también independientemente de si el depositario ha distribuido por separado, a petición de un Estado contratante, un segundo aviso en el que se indica que la reserva es inválida. En otras palabras, la lógica de esta directriz parece llevar a la conclusión de que cualquier reserva inválida, que haya sido distribuida y que no haya suscitado objeciones de las partes, se considerará «aceptada colectivamente» y por lo tanto «válida». Además, el comentario de la Comisión no apoya la distinción que esta defiende en sus directrices. En el comentario se rechaza el argumento de que una reserva inválida se pueda considerar válida si ninguna de las partes formula objeciones contra ella después de recibir una notificación inicial del depositario sobre la base de que: *a*) el silencio de un Estado no implica que este haya tomado posición con respecto a la validez de la reserva, y *b*) los órganos de vigilancia siguen teniendo la facultad de decidir sobre la validez de la reserva[2]. No obstante, al justificar por qué esa misma reserva inválida se podría «considerar» válida después de una segunda notificación del depositario, en el comentario se citan favorablemente los mismos factores. Es decir, se utiliza la ausencia de objeciones tras la segunda notificación como prueba de la aceptación unánime de la reserva. Por otro lado, más adelante se explica que las reservas a que se refiere la directriz 3.3.3 se «consideran» válidas en vez de declararse válidas, en parte porque los órganos de vigilancia competentes pueden pronunciarse sobre esas reservas en un momento posterior. Para resumir, si las reservas que se contemplan en la directriz 3.3.3 solo se consideran válidas y siguen siendo «inválidas en principio», ese argumento debería aplicarse a todas las reservas de las que se tengan dudas sobre su validez y no solo a aquellas reservas que hayan sido objeto de una segunda notificación del depositario[3].

4. Véanse también las observaciones formuladas más adelante en relación con la directriz 3.4.1.

[1] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 6 del comentario.

[2] Véase ibíd., párr. 5.

[3] El comentario plantea también una cuestión conexa. Si la teoría jurídica en que se basa esta propuesta es que las partes han acordado, al menos tácitamente, una enmienda posterior que modifica el tratado inicial, entonces no queda claro por qué la reserva seguiría siendo «inválida en principio». Al contrario, por el mero hecho de enmendar el tratado y aceptar tácitamente la reserva, desaparecerían las restricciones originales para la formulación de reservas de ese tipo, a saber, las restricciones que convertirían esa reserva en inválida.

Francia

Véanse las observaciones sobre la directriz 3.4.1.

Nueva Zelandia

La directriz 3.3.3 plantea una preocupación para Nueva Zelandia. A su juicio, una reserva inválida no puede pasar a ser válida tan solo porque ningún Estado contratante u organización haya presentado una objeción al respecto.

Reino Unido

Esta directriz contempla la posibilidad de que una reserva inválida pase a considerarse válida si ningún Estado contratante presenta una objeción al respecto. El Reino Unido no considera que la falta de objeciones tenga por efecto subsanar la nulidad de una reserva inválida y señala que el comentario sugiere que, en todo caso, dicha ausencia de objeciones no evitaría la apreciación de la validez de las reservas por un órgano de vigilancia de la aplicación de tratados o por la CIJ. Parecería, por lo tanto, que en el mejor de los casos esta directriz podría solo crear una presunción, en la práctica, de que, a falta de objeción por alguna parte contratante a una reserva inválida, el Estado autor de la reserva debe considerarse parte en el tratado con el beneficio de su reserva. El Reino Unido no comparte esa opinión. Esta directriz también parece estar en contradicción con la directriz 3.3.2, en la que se confirma que la aceptación de una reserva inválida por un Estado contratante o por una organización contratante no tiene por efecto subsanar la nulidad de la reserva. Tampoco parece guardar coherencia con la sugerencia que figura en el comentario sobre la directriz 4.5.1[1] de que el plazo de 12 meses para la presentación de objeciones especificado en el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena no es aplicable en relación con las reservas inválidas. El Reino Unido considera que en las directrices debiera haber una mayor coherencia en lo que concierne a la nulidad de las reservas inválidas.

[1] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 12 del comentario.

Suiza

1. En la directriz 3.3.3 se contempla un procedimiento que permite dar validez a una reserva inválida. Suiza es consciente de las ventajas que podría acarrear una propuesta de ese tipo. No obstante, la propuesta plantea problemas desde un principio: ¿no se contrapone ese texto a lo prescrito en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 basado en el principio de que no deberían formularse reservas inválidas («Un Estado podrá formular una reserva [...] a menos:»)? ¿No se corre el riesgo con un procedimiento de ese tipo de alentar la presentación de reservas inválidas, incluso reservas que sean incompatibles con el objeto y el fin del tratado, como se expone en el apartado *c* de esa disposición?

2. El procedimiento propuesto permitiría además dar validez a una reserva inválida mediante la mera aceptación tácita. En el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena se prevé que una reserva se considerará aceptada cuando no se hayan formulado objeciones, pero no que el silencio pueda dar validez a una reserva inválida. Cabe preguntarse si la solución adoptada para la formulación tardía de una reserva, que es lo que motivó a la Comisión para redactar esta directriz, es aplicable

también a las reservas inválidas. En el caso de las reservas presentadas tarde, solo se «subsana» el carácter tardío de la reserva mediante la aceptación tácita de las partes. Sin embargo, ¿podría darse por válida, mediante el consentimiento tácito de las partes, una reserva formulada tardíamente que de otro modo sería materialmente inválida?

3. Esta directriz plantea otra cuestión fundamental. El procedimiento que se propone permitiría, mediante el mecanismo de reservas a los tratados, modificar materialmente el propio tratado, tal como se reconoce en el comentario[1]. Suiza cuestiona la conveniencia de crear dentro del ya complejo sistema de reservas un nuevo procedimiento de enmienda aplicable a todos los tratados. ¿No sería mejor, sobre todo a los efectos de la seguridad jurídica, que las partes que deseen modificar un tratado estén obligadas a hacerlo recurriendo a las vías previstas en las cláusulas finales del propio tratado?

4. Por último, la ausencia de plazos para la formulación de una objeción plantea numerosos problemas y coloca al depositario del tratado en una situación extremadamente difícil. Además de que sus tareas aumentarían con el procedimiento previsto, el depositario y todas las partes contratantes se verían obligados a esperar largo tiempo, incluso indefinidamente, para saber si la reserva se considera válida o no.

5. Por ello, Suiza considera que aún quedan muchas cuestiones por aclarar antes de adoptar el principio de que una reserva inválida se pueda dar por válida mediante su aceptación tácita, ya sea de forma colectiva o con las salvedades previstas en la directriz 3.3.3. Como mínimo, deberá resolverse el problema de la ausencia de plazo para la formulación de objeciones.

[1] Véanse, por ejemplo, los párrafos 8 y 11 (*Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte)).

Directriz 3.4.1 (Validez sustantiva de la aceptación de una reserva)

Alemania

Véanse las observaciones formuladas más adelante respecto de la directriz 4.5.1.

Australia

Véanse las observaciones formuladas anteriormente respecto de la directriz 3.3.3.

Estados Unidos

Dado que la directriz 3.3.3 se mantiene en el texto, los Estados Unidos consideran que su relación con la directriz 3.4.1 merece una aclaración adicional. Como se ha dicho anteriormente, la directriz 3.3.3 permite que una reserva inválida «se considere válida» cuando ninguna parte formule objeciones a dicha reserva tras haberse distribuido una segunda notificación del depositario. Por su parte, la directriz 3.4.1 establece que la aceptación expresa de una reserva inválida será en sí misma inválida. El comentario no deja claro si una aceptación expresa puede tener efectos jurídicos en la posterior evaluación de la validez de una reserva[1]. Teniendo en cuenta que es una tercera parte competente la que se encarga de determinar la validez, parece lógico que se tenga en cuenta esa práctica de los Estados sobre las reservas en cuestión. Asimismo, los Estados Unidos desearían tener más información sobre la teoría jurídica en que se basa la directriz 3.4.1. En el comentario se reafirma que la aceptación colectiva tácita crea un acuerdo entre las partes para modificar el tratado, pero en el artículo 41, párr. 1, de la Convención de Viena también se permite que dos partes modifiquen el tratado en sus relaciones mutuas. La Comisión tal vez considere que la aceptación expresa de una reserva inválida no cumple los requisitos establecidos en el artículo 41, por lo que resultaría útil conocer la posición de la Comisión a ese respecto.

[1] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), comentario a la directriz 3.4.1.

Francia

1. Francia abriga dudas sobre esta directriz. La formulación adoptada da a entender que, a veces, la aceptación de una reserva «inválida» podría en sí misma ser «inválida», pero que no siempre tiene por qué ser así. Dentro de la lógica puramente objetiva de la «validez» que aquí se adopta, respecto a la cual Francia sigue albergando serias dudas, si la reserva es «inválida», ¿no debería acaso su aceptación ser igualmente siempre «inválida»? En realidad, la cuestión no se formula en esos términos, sino que se enmarca más bien en los efectos que conviene reconocer a la aceptación. Es difícil comprender la justificación para establecer la invalidez de la aceptación expresa de una reserva inválida. Si se acepta ese postulado, ¿qué impediría afirmar que la aceptación implícita de una reserva «inválida» es también «inválida»? La principal dificultad radica fundamentalmente, sin embargo, en el hecho de que esa afirmación de la «invalidez» de la aceptación (expresa o no) de una reserva considerada «inválida» se opondría directamente a la posibilidad de que los Estados, aunque solo fuera colectivamente, aceptaran una reserva que algunos pudieran considerar inválida.

2. En cuanto a la relación entre las directrices 3.3.3 y 3.4.1, resulta curioso que en la directriz 3.4.1 no se tengan en cuenta las consecuencias de la aceptación colectiva de una reserva inválida. Así pues, la aceptación individual de una reserva inválida podría en sí ser «inválida», pero eso no siempre sería así, dependiendo de que la aceptación sea expresa o tácita, y, por lo mismo, una reserva «inválida» podría «considerarse válida» si el conjunto de los Estados la aceptara. En este sentido, resulta difícil comprender la justificación de que se considera inválida la aceptación expresa de una «reserva inválida». Cabe preguntar si esa afirmación no se opondría directamente a la posibilidad de que los Estados, aunque solo fuera colectivamente, aceptaran una reserva tachada de «inválida». En lo que hace a esta última posibilidad, ¿no estaría también en contradicción directa de la lógica puramente objetiva de la validez que se ha adoptado y respecto de la cual Francia sigue albergando dudas?

Directriz 3.4.2 (Validez sustantiva de una objeción a una reserva)

Francia

A juicio de Francia, no hay una razón decisiva para someter las objeciones a condiciones de validez. Las

verdaderas dificultades se siguen planteando en lo que concierne a los efectos de las reservas y las objeciones. Cierto es que las objeciones consideradas de «efecto intermedio» suscitan problemas especiales por cuanto pretenden no solo excluir los efectos queridos por el Estado autor de la reserva, sino también modificar el efecto de otras disposiciones del tratado. Por esa razón, se podría plantear eventualmente la cuestión de la compatibilidad de la modificación con el objeto y el fin del tratado. Al parecer, sin embargo, el análisis de la práctica en la materia debería ser objeto de aprobación. Ese análisis indica, muchas veces, que la modificación de las disposiciones del tratado pretendida por el Estado autor de la objeción está estrechamente relacionada con las disposiciones a las que se aplica la reserva. La práctica de las objeciones de efecto intermedio se ha desarrollado en un contexto ciertamente especial. Se podrían contemplar otras hipótesis según las cuales la modificación pretendida por el Estado autor de la objeción se apartaría demasiado de las disposiciones sobre las cuales versa la reserva. El Estado autor de la reserva se vería entonces obligado a reaccionar y a oponerse a la objeción que se le ha formulado, en particular si la considera contraria al objeto y al fin de un tratado. Aunque en esta directriz no se pueda resolver la cuestión de los efectos que podría producir ese tipo de objeción, Francia considera importante recalcar que un Estado no debería poder servirse de la objeción que haga a una reserva a fin de modificar, fuera del plazo prescrito para formular reservas, otras disposiciones del tratado sin relación o con una relación insuficiente con aquellas a las que se aplica la reserva.

Directriz 3.5 (Validez sustantiva de una declaración interpretativa)

Francia

A juicio de Francia, no parece posible ir más allá de la afirmación según la cual un Estado «podrá formular una declaración interpretativa a menos que la declaración interpretativa esté prohibida por el tratado». Por un lado, la referencia a las normas imperativas de derecho internacional general plantea la cuestión del alcance del concepto, cuyo contenido, no definido, sigue aún sin precisarse. Por otra parte, muy poco más se puede decir sobre las declaraciones interpretativas y las reacciones a esas declaraciones en relación con el epígrafe relativo a la validez. El tema tiene más que ver con la cuestión específica de la ejecución y la aplicación de las obligaciones dimanadas de un tratado, con todas las particularidades que ello comporta en las relaciones internacionales, que con un dato objetivo que regiría el nacimiento y la formulación de esas obligaciones.

[Directrices 3.5.2 (Condiciones de validez sustantiva de una declaración interpretativa condicional) y 3.5.3 (Competencia para apreciar la validez sustantiva de una declaración interpretativa condicional)][1]

[1] Las directrices sobre las declaraciones interpretativas condicionales se han incluido entre corchetes en espera de que la Comisión adopte una decisión definitiva acerca de si el régimen jurídico de esas declaraciones se conforma íntegramente al de las reservas.

Francia

Véanse las observaciones sobre la directriz 2.4.5.

Estados Unidos

Una de las preocupaciones sustantivas de los Estados Unidos se refiere al tratamiento de las declaraciones interpretativas, en particular, las declaraciones interpretativas condicionales. Por lo que se refiere a las declaraciones interpretativas en general, los Estados Unidos no están a favor de que se cree una estructura rígida basada en los parámetros propuestos, porque entienden que es muy probable que afecte a la flexibilidad con que esas declaraciones son utilizadas en la actualidad por los Estados. Por otro lado, en relación con las declaraciones interpretativas condicionales, que ya han sido objeto de considerable debate, los Estados Unidos observan que las directrices 3.5.2 y 3.5.3 abordan la cuestión situando todos los aspectos relativos a las declaraciones interpretativas condicionales en el marco del régimen jurídico de las reservas y siguen teniendo serias dudas respecto de ese tratamiento. Si el contenido de una declaración interpretativa condicional tiene por objeto modificar los efectos jurídicos del tratado en relación con el declarante, entonces se trata de una reserva. Si el contenido de una declaración interpretativa condicional se limita simplemente a aclarar el significado de una disposición, entonces no puede ser una reserva, independientemente de que sea condicional o no. Los Estados Unidos no comparten la opinión de que una declaración interpretativa que de otro modo no se podría considerar una reserva, se pueda considerar como tal simplemente porque el declarante condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a la interpretación propuesta. Someter las declaraciones interpretativas condicionales, con independencia de que sean de hecho reservas, al marco de las reservas no es un tratamiento apropiado y podría dar lugar a un tratamiento excesivamente restrictivo de cuestiones como el plazo para la formulación de ese tipo de declaraciones, las condiciones de forma y las reacciones posteriores con respecto a ellas.

Portugal

Hay que tener en cuenta que el carácter poco claro desde el punto de vista jurídico de las declaraciones interpretativas condicionales puede añadir incertidumbre al análisis y resultar perjudicial para el «diálogo sobre las reservas», que se debería proteger escrupulosamente. Portugal es partidario de que se analice más a fondo la cuestión de las declaraciones interpretativas condicionales a fin de establecer claramente su carácter jurídico, determinar los efectos jurídicos y los procedimientos asociados con ellas y decidir sobre la conveniencia de abordarlas en este contexto. Portugal toma nota de que en el informe de la Comisión se sigue citando entre corchetes la directriz 2.9.10 (Reacciones a las declaraciones interpretativas condicionales).

Directriz 3.6 (Validez sustantiva de las reacciones a una declaración interpretativa)

Francia

Respecto a las consecuencias de una declaración interpretativa para un Estado que expresamente la aprueba o se opone a ella, al parecer bastaría con una referencia general a las normas consuetudinarias sobre la interpretación de los tratados. En general, no parece que las reacciones

a las declaraciones interpretativas puedan plasmarse rígidamente en normas sustantivas o de forma. Salvo el caso de la recalificación de una declaración interpretativa como reserva por uno o varios de los demás Estados contratantes, con lo cual el debate pasa a situarse en el ámbito de los efectos de las reservas, existe una cierta flexibilidad inherente en el conjunto de las declaraciones interpretativas y las reacciones que ellas suscitan, de conformidad con la función esencial que desempeñan en la vida de un tratado la intención de las partes y su interpretación del tratado.

PORTUGAL

1. Como ya ha señalado en las observaciones sobre la directriz 2.9.1 (Aprobación de una declaración interpretativa), Portugal considera que la palabra «aprobación» tiene un significado jurídico específico que no concuerda con el asunto que nos ocupa. Incluso podría inducir a error al dar a entender que una declaración interpretativa pudiera tener que cumplir los mismos requisitos jurídicos internos que la formulación de una reserva.

2. Portugal desearía que se incluyera una explicación más clara del uso de ese término en el comentario de la directriz 2.9.1.

Directriz 3.6.1 (Validez sustantiva de la aprobación de una declaración interpretativa)

FRANCIA

Véanse las observaciones sobre la directriz 3.6.

Directriz 3.6.2 (Validez sustantiva de la oposición a una declaración interpretativa)

FRANCIA

Véanse las observaciones sobre la directriz 3.6.

Sección 4 (Efectos jurídicos de las reservas y las declaraciones interpretativas)

FRANCIA

Francia considera que debe establecerse una clara distinción entre el efecto de las declaraciones interpretativas y el de las reservas. Además, esa distinción debe tomarse en cuenta cuando se trata de las reacciones a las declaraciones o a las reservas y a sus efectos respectivos.

Directriz 4.1 (Establecimiento de una reserva con respecto a otro Estado u organización)

AUSTRIA

El procedimiento relativo al establecimiento de reservas que se presenta en la directriz 4.1 no puede referirse a las reservas que están expresamente autorizadas por un tratado, tal como se expone en la directriz 4.1.1. Por consiguiente, la directriz 4.1 debe aclararse a esos efectos.

FRANCIA

Véanse las observaciones sobre la sección 3 y la directriz 4.2.1.

Sección 4.2 (Efectos de una reserva establecida)

AUSTRALIA

Australia observa que la sección 4.2 se basa en las Convenciones de Viena, en particular en el artículo 20, párr. 4, apdo. *c*, de la Convención de Viena de 1969, y que con ella se pretende aclarar en qué momento el Estado autor de una reserva se puede considerar parte contratante en el tratado.

BANGLADESH

Las directrices sobre los efectos de una reserva establecida (sección 4.2) son lógicas y están basadas en la práctica y la opinión reales de los Estados. Todas las partes deberían poder seguir esas directrices sin ningún problema para aplicar las disposiciones pertinentes de las Convenciones.

Directriz 4.2.1 (Condición del autor de una reserva establecida)

AUSTRALIA

El efecto de esta directriz es que el autor de una reserva no se convierte en parte contratante hasta que al menos otro Estado contratante haya aceptado la reserva, ya sea de manera expresa o tácita (tras la expiración del plazo de 12 meses establecido en las directrices 2.6.13 y 2.8.1). De cualquier modo, se podría definir con mayor precisión en las directrices la situación del Estado autor de la reserva durante el período comprendido entre la formulación de la reserva y el momento en que esa reserva se considera establecida, si llega a ser el caso.

EL SALVADOR

1. Puede observarse cómo esta directriz se fundamenta en lo regulado en el artículo 20, párr. 4, de la Convención de Viena de 1969, en el que se establece una regla general según la cual:

> *a*) La aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados;
>
> *b*) La objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria;
>
> *c*) Un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.

2. Esta disposición no ha tenido en la práctica aplicación uniforme, lo cual representaba un alto grado de dificultad para que la Comisión definiera una posición específica respecto a la determinación de la condición que posee el autor de una reserva establecida. No obstante, ha de reconocerse que la formulación finalmente adoptada en esta directriz, aunque encuentra su base en la Convención de Viena, no se limita a repetir lo regulado por esta, sino que adopta una concepción más amplia al utilizar el término «establecimiento de una reserva», con lo cual —tal como ha indicado la Comisión— se logra abarcar tanto el

supuesto de las reservas que requieren aceptación como aquellas que no la requieren.

3. Asimismo, es destacable la reformulación realizada respecto a la condición del autor de la reserva, dotándolo, en términos generales, de la calidad de «contratante», con lo cual se distinguen los efectos de la reserva según haya entrado en vigor el tratado o no. Así, un Estado tendrá la calidad de «contratante» cuando el tratado no esté vigente y «parte», tal como lo establecía originalmente la Convención de Viena, cuando el tratado ya haya entrado en vigor.

FRANCIA

Sería necesario hacer algunas aclaraciones en lo referente a las condiciones de entrada en vigor del acuerdo respecto al Estado u organización autor de la reserva, previstas en las directrices 4.2.1 a 4.2.3. Con arreglo al artículo 2, párr. 1, apdo. *f*, de la Convención de Viena de 1969,

> [s]e entiende por «Estado contratante» un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado.

En su formulación actual, esta directriz parece estar en contradicción con esa disposición, puesto que dispone que un Estado solo puede pasar a ser Estado contratante una vez que se haya establecido la reserva (vale decir, que ella sea formal y sustancialmente válida y haya sido aceptada con arreglo a la directriz 4.1). Francia manifiesta serias dudas respecto a esta disposición. El establecimiento de la reserva únicamente puede tener consecuencias sobre la aplicabilidad del tratado entre el Estado autor de la reserva y el Estado aceptante, y no sobre la entrada en vigor del tratado. El juego de las reservas y las aceptaciones u objeciones se rige por las normas del derecho de los tratados, cuyo tecnicismo jurídico queda de manifiesto en los trabajos de la Comisión.

PORTUGAL

1. En opinión de Portugal, la Guía podría ofrecer una definición más precisa del momento en que el autor de una reserva se convierte en Estado contratante u organización contratante. ¿Debería coincidir ese momento con el establecimiento de la reserva o con su formulación? En otras palabras, ¿se contempla la retroactividad de los efectos hasta el momento en que se formuló la reserva? Esas son preguntas que se podrían plantear en la práctica cotidiana y que deberían recibir una respuesta más clara en los comentarios.

2. Véanse también las observaciones formuladas más adelante respecto de la directriz 4.2.2.

Directriz 4.2.2 (Efecto del establecimiento de la reserva en la entrada en vigor del tratado)

AUSTRALIA

Tal como señala la Comisión, existen prácticas divergentes respecto de la práctica adoptada por el Secretario General en su calidad de depositario de tratados multilaterales, según la cual todos los Estados que hayan depositado instrumentos (tanto si van acompañados de reservas como si no) se incluyen en el número de Estados contratantes necesario para la entrada en vigor del tratado. Cada Estado conserva la discreción de sacar sus propias consecuencias jurídicas de una reserva, incluida la de decidir si el tratado es aplicable entre él y el Estado autor de la reserva. Con el fin de evitar más divergencias en la práctica y proporcionar mayor certidumbre, la Comisión podría adoptar la práctica aplicada por el Secretario General.

EL SALVADOR

1. Esta directriz es semejante a la regla establecida anteriormente en la directriz 4.2.1, pero se formula aquí para el caso específico en que el tratado aún no se encuentre vigente.

2. A juicio de El Salvador, el aspecto más relevante de la directriz 4.2.2 lo constituye el párrafo 2, pues en él se reconoce la práctica comúnmente desarrollada por los depositarios, quienes dan curso al depósito definitivo del instrumento de ratificación o adhesión que contiene una reserva antes que cualquier Estado haya aceptado la misma, sin tener en cuenta su validez o invalidez. La adaptación de esta directriz a la realidad constituye pues un elemento de gran trascendencia que refuerza una práctica bien establecida y aceptada por los Estados y las organizaciones internacionales.

FRANCIA

Véanse las observaciones sobre la directriz 4.2.1.

PORTUGAL

1. Por lo que se refiere a la directriz 4.2.2 las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 establecen en ambos casos que el autor de la reserva no se convertirá en Estado u organización contratante hasta que al menos otro Estado contratante u organización contratante haya aceptado la reserva, ya sea de manera expresa o tácita. Ello puede suponer una demora de 12 meses. No obstante, la práctica de los depositarios no suele seguir ese curso. Por ejemplo, el Secretario General de las Naciones Unidas no espera a que al menos se haya expresado una aceptación para dar curso al depósito definitivo de un instrumento de ratificación o de adhesión que contenga una reserva[1].

2. Se pueden citar otros ejemplos específicos de prácticas divergentes de los depositarios respecto de las reservas. Por ejemplo, el 20 de marzo de 2007 Portugal depositó en poder del Secretario General de las Naciones Unidas su instrumento de adhesión a la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, aprobada en Nueva York el 21 de noviembre de 1947, y formuló una reserva a la sección 19.B) (relativa a las exenciones fiscales) de la Convención. No obstante, el 24 de abril de 2007, el depositario le informó de que, siguiendo la «práctica establecida», el instrumento solo se depositaría en poder del Secretario General una vez que se hubiera recibido la aprobación de la reserva por los organismos especializados afectados. El depósito del instrumento de adhesión se suspendió, por lo que no se cumplió el último acto internacional necesario para que Portugal

[1] Véase *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/7/Rev.1) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.94.V.15).

pasara a estar obligado por la Convención. El Secretario General se guía para el ejercicio de sus funciones de depositario principalmente por las disposiciones pertinentes de la Convención, el derecho internacional consuetudinario y el artículo 77 de la Convención de Viena de 1969. De ahí que la publicación *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* no sea una fuente para el desempeño de las funciones de depositario por el Secretario General, sino más bien una recopilación de la práctica pertinente. La propia Guía de la Práctica establece que la validez de las reservas debe ser determinada solamente por los Estados contratantes o las organizaciones contratantes, los órganos de solución de controversias o los órganos de vigilancia de los tratados. Ni el depositario ni los organismos internacionales están incluidos en ninguna de esas categorías.

3. Estas observaciones tienen por objeto hacer hincapié en que las directrices sí pueden adoptar una posición acerca de la corrección de la práctica seguida por el depositario (al contrario de la intención expresa de la Comisión en el párrafo 11 del comentario de la directriz 4.2.1[1]). Sería importante que no se invalidaran los efectos de las Convenciones de Viena en favor de prácticas divergentes.

4. Véanse también las observaciones formuladas anteriormente respecto de la directriz 4.2.1.

[1] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte).

Directriz 4.2.3 (Efecto del establecimiento de una reserva en la condición de su autor como parte en el tratado)

El Salvador

Esta directriz, que indica el establecimiento de una relación convencional entre el autor de la reserva y el Estado que la acepta, ha sido reconocida en numerosas oportunidades por todos los Relatores Especiales —desde J. L. Brierly hasta Alain Pellet— y es por ello que la Comisión ha indicado que se trata de un aspecto de sentido común. Sin embargo, atendiendo a la exhaustividad de la Guía de la Práctica, su inclusión supone el reconocimiento de un principio básico en materia de reservas.

Francia

Véanse las observaciones sobre la directriz 4.2.1.

Directriz 4.2.4 (Efecto de una reserva establecida en las relaciones convencionales)

El Salvador

Respecto de esta directriz, El Salvador no considera necesario realizar observaciones de fondo ni de forma; sin embargo, reconoce la atinada inclusión en la misma de elementos adicionales a las Convenciones de Viena, que contribuyen a una mejor comprensión de los efectos generados por las reservas en las relaciones convencionales, como son: la toma en consideración de las reservas con efectos excluyentes y su correspondiente efecto desregulador; la estipulación de que la reserva no modifica las disposiciones del tratado, sino sus efectos jurídicos; y que puede tener esos efectos no solo respecto a ciertas disposiciones del tratado, sino también en el tratado en su conjunto con relación a algunos aspectos específicos.

Directriz 4.2.5 (Aplicación no recíproca de las obligaciones a que se refiere la reserva)

El Salvador

1. Con esta directriz se reconoce el carácter no absoluto del principio de reciprocidad, conforme a una línea doctrinal y jurisprudencial cada vez más arraigada según la cual no todos los tratados suponen el intercambio de obligaciones entre los Estados. El ejemplo más claro de esa excepción lo constituyen los tratados de derechos humanos que, a diferencia de los tratados en general, tienen como objetivo primordial el beneficio de las personas que se encuentran sometidas a su jurisdicción.

2. Al respecto se ha dicho que «el actual sistema de reservas se muestra enteramente inadecuado a los tratados cuyos beneficiarios últimos son los seres humanos y no las Partes Contratantes»[1], lo cual ya había sido expresado medio siglo antes por la CIJ en su opinión consultiva *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, en la que se indicaba que

> los Estados Contratantes no tienen intereses propios; tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones[2].

3. Así, en vista de la importancia del reconocimiento de la naturaleza *sui generis* de los tratados de derechos humanos y teniendo en cuenta que, con el tema de las reservas, la Comisión no pretende la elaboración de una convención sino una Guía de la Práctica con fines ilustrativos, El Salvador propone la inclusión en esta directriz de una mención expresa de dichos tratados, a modo ejemplificativo y no taxativo, pues como atinadamente indica la Comisión en su informe, la reciprocidad

> está igualmente ausente en los tratados que establecen obligaciones para con la comunidad de los Estados contratantes. Pueden encontrarse ejemplos al respecto en los tratados relativos a los productos básicos, en los tratados relativos a la protección del medio ambiente, en ciertos tratados de desmilitarización o de desarme, así como en tratados que establecen una ley uniforme de derecho internacional privado[3].

4. Asimismo, podría evaluarse la idea de estipular en la directriz 3.1.12, relativa a las reservas de los tratados de derechos humanos, una remisión directa a la directriz en análisis, con lo que se lograría el mismo propósito de reconocer la no reciprocidad de obligaciones en los tratados de derechos humanos de manera expresa. Ello, sin menospreciar la no reciprocidad en otros tratados, se hace

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake vs. Guatemala* (sentencia de reparaciones y costas), *Serie C N.º 48*, 22 de enero de 1999, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 15.

[2] *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 23; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 25.

[3] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 6 del comentario a la directriz 4.2.5.

necesario para este caso especial en virtud del surgimiento, en el ámbito universal y regional, de numerosos tratados en materia de derechos humanos que, pese a suponer un logro trascendental en la protección del individuo frente al poder estatal, ha llevado lamentablemente aparejada en muchas oportunidades la realización de declaraciones por parte de ciertos Estados con las cuales pretenden modificar o anular un derecho fundamental reconocido en el tratado, o condicionar su cumplimiento a las acciones de otro Estado, en aras de defender intereses propios y no de las personas sujetas a su jurisdicción.

República de Corea

Por lo que respecta a la directriz 4.2.5, conviene dar ejemplos de casos factibles en los que se pueda aplicar la directriz 4.2.5 e incluirlos en el comentario de la Comisión sobre esta directriz. La directriz 4.2.5 constituye una excepción a la directriz 4.2.4. La cláusula excepcional debe aplicarse de forma restrictiva y concreta. Sin embargo, debido a la utilización de expresiones ambiguas en la directriz 4.2.5, tales como «naturaleza de la obligación», «objeto y […] fin del tratado» y «contenido de la reserva», no se ve con claridad si la reserva no se puede aplicar a otras partes del tratado. Por otro lado, esta incertidumbre genera inestabilidad jurídica respecto a la aplicación de las reservas.

Directriz 4.3 (Efectos de una objeción a una reserva válida)

Estados Unidos

En la directriz 4.3 se establece que «[l]a formulación de una objeción a una reserva válida impide que esta pueda oponerse al Estado o la organización internacional autor de la objeción, a menos que la reserva sea efectiva en relación con ese Estado o esa organización internacional». Esta directriz parece reafirmar el principio relativamente simple de que una objeción cancela los efectos deseados de una reserva. No obstante, la cláusula inicial de esta directriz parece innecesaria y puede dar lugar a confusión en la aplicación de las directrices. Si una reserva ha de ser aceptada por un Estado para que se considere establecida con respecto a ese Estado, tal como se dispone expresamente en la directriz 4.1, entonces no sería posible el establecimiento de una reserva en relación con un Estado que ha presentado una objeción. Por consiguiente, los Estados Unidos recomiendan que se elimine la cláusula inicial de la directriz 4.3 o bien que se explique más a fondo en el comentario el propósito de esa cláusula.

Directriz 4.3.1 (Efectos de una objeción en la entrada en vigor del tratado entre su autor y el autor de la reserva)

Francia

Con arreglo a los términos de esta directriz, la objeción hecha a una reserva «válida» por un Estado contratante no tiene por efecto impedir que el tratado entre en vigor entre el Estado que ha formulado la objeción y el Estado autor de la reserva. En realidad, Francia considera que la cuestión no se plantea en términos de efectos sobre la entrada en vigor del tratado, sino que se enmarca más bien en los efectos sobre la aplicabilidad del tratado entre el Estado autor de la reserva y el Estado autor de la objeción.

*Directriz 4.4.3 (Falta de efecto en una norma imperativa de derecho internacional general (***jus cogens***))*

Francia

La referencia a las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*) plantea la cuestión del alcance de dicha noción, cuyo contenido, no definido, queda aún por precisar.

Sección 4.5 (Consecuencias de una reserva inválida)

Australia

1. Australia acoge favorablemente la formulación de la sección 4.5, que proporcionará a los Estados claridad y orientación importantes acerca de un tema sobre el que hay lagunas importantes en el régimen convencional establecido por las Convenciones de Viena. Australia está de acuerdo con el régimen objetivo establecido en las directrices 4.5.1 y 4.5.3, según el cual las reservas que no cumplan las condiciones de validez formal y validez sustantiva son inválidas, independientemente de la reacción de otros Estados contratantes. Ese criterio coincide con las condiciones establecidas en las Convenciones de Viena y se basa en la práctica existente de los Estados.

2. No obstante, Australia está particularmente preocupada por la presunción refutable que se desprende de la directriz 4.5.2, a saber, que un Estado autor de una reserva inválida se convertirá en parte en el tratado sin el beneficio de la reserva a menos que exprese la intención contraria.

3. Véanse también las observaciones formuladas más adelante respecto de la directriz 4.5.2.

Bangladesh

1. Los efectos de una reserva inválida presentan más problemas que los que se examinan en la sección 4.2 de la Guía de la Práctica. Las disposiciones de la Convención no son muy claras al respecto. De ahí que las directrices de la Comisión sean muy útiles para comprender los efectos y consecuencias de las reservas inválidas. Las directrices se han redactado tras haber estudiado y analizado cuidadosamente numerosas prácticas de los Estados y opiniones de personas e instituciones expertas. Es comprensible y aceptable que la principal motivación de las directrices no sea excluir de las relaciones convencionales al autor de una reserva sino limitar esas relaciones. Esa postura coincide con la opinión y el enfoque que defienden la inmensa mayoría de los Estados.

2. Las disposiciones relativas a las reservas promueven el objetivo de maximizar la participación de los Estados en tratados multilaterales. No obstante, ello no debe ir en perjuicio del objeto y el espíritu del tratado de que se trate. Si bien la decisión de formular una reserva compete al Estado autor de la misma, las reacciones y respuestas de otros Estados tienen una enorme importancia para el establecimiento de relaciones convencionales con los

Estados autores de reservas, especialmente en los casos de reservas inválidas tanto desde el punto de vista sustantivo como formal y de las reservas mencionadas específicamente en el texto del tratado. Las directrices de la Comisión se basan en un análisis racional del espíritu y la idea que inspiran las disposiciones sobre reservas que figuran en las Convenciones. La aplicación de estas directrices contribuiría a promover una mejor realización de los objetivos de los tratados y unas relaciones convencionales más fructíferas.

FINLANDIA

1. Según el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, un Estado no podrá formular una reserva a un tratado si la reserva está prohibida por el tratado; o si el tratado dispone que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva de que se trate; o si, en cualquier otro caso, la reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

2. No obstante, ¿qué sucede cuando un Estado presenta una reserva que es inválida sustantivamente? Tal como ha argumentado correctamente el Relator Especial, se debe distinguir entre dos cuestiones diferentes desde el punto de vista analítico: *a*) ¿cuáles son los efectos jurídicos, si los hubiere, de una reserva sustantivamente inválida?, y *b*) ¿cuáles son las consecuencias del acto de presentar una reserva inválida para la existencia o no de una relación contractual entre el Estado autor de la reserva y los demás Estados?

3. Véanse también las observaciones formuladas más adelante respecto de las directrices 4.5.1, 4.5.2 y 4.5.3.

Directriz 4.5.1 (Nulidad de una reserva inválida)

ALEMANIA

1. Las siguientes observaciones se centran en el que quizá sea el aspecto más importante del proyecto de Guía de la Práctica, a saber, las conclusiones de la Comisión respecto de la validez de las reservas y, en particular, las consecuencias y los efectos jurídicos de las reservas inválidas en las relaciones convencionales. Esta cuestión de derecho internacional, que ha sido objeto de considerable debate entre los expertos jurídicos, sigue sin resolverse.

2. En cuanto a la validez de una reserva, las directrices proponen una solución a esa cuestión objeto de debate.

3. En la directriz 4.5.1 se establece que «[u]na reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y sustantiva enunciadas en las partes 2 y 3 de la Guía de la Práctica es nula de pleno derecho». En la directriz 3.3.2 se aclara que «[l]a aceptación de una reserva inválida por un Estado contratante o por una organización contratante no tendrá por efecto subsanar la nulidad de la reserva». De conformidad con la directriz 3.4.1, «[l]a aceptación expresa de una reserva inválida será en sí misma inválida». Por último, la directriz 3.3 deja claro que las consecuencias jurídicas de una reserva inválida son las mismas, independientemente de las causas de invalidez. En las directrices se especifica el concepto de invalidez, incluida la directriz 3.1 en que se reproduce literalmente el artículo 19 de la Convención de Viena.

4. La relación de los diferentes motivos para la invalidez de una reserva, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Convención de Viena, y las consecuencias que entraña es objeto de debate en los textos jurídicos y un tema de interés para la adopción de un enfoque pragmático por los Estados contratantes. El principal punto de este debate es el criterio de validez de conformidad con el artículo 19, apdo. *c*, de la Convención de Viena (directriz 3.1, apdo. *c*). La incompatibilidad con el objeto y el fin de un tratado es un asunto complejo y, por lo general, más difícil de evaluar que los demás criterios de validez establecidos en el artículo 19 de la Convención de Viena. Si bien la condición de compatibilidad establecida en el artículo 19, apdo. *c*, de la Convención de Viena es un criterio objetivo, no cabe duda de que compete a cada uno de los Estados contratantes evaluar —con posibles resultados divergentes— si una determinada reserva cumple esa condición o no. La dificultad de determinar la compatibilidad o incompatibilidad de una reserva ha dado lugar a diferentes enfoques de los Estados a la hora de responder a las reservas que no cumplen la condición de la compatibilidad. Hay Estados que parecen seguir las orientaciones de la CIJ en su opinión consultiva *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[1] y que, tras determinar que una reserva concreta es incompatible con el objeto y el fin del tratado, formulan una objeción contra dicha reserva, mientras que otros Estados, que no son conscientes de esa incompatibilidad, pueden aceptarla de manera expresa o tácita.

5. Las directrices de la Comisión mencionadas anteriormente representarían un cambio radical de enfoque, ya que impedirían llegar a resultados diferentes a la hora de aplicar la prueba de compatibilidad. El carácter radical y problemático de ese cambio se hace evidente al estudiar con más detenimiento las conclusiones de la Comisión respecto de las consecuencias jurídicas de una reserva inválida y su separabilidad, así como de la «presunción positiva» resultante.

6. Véanse también las observaciones formuladas más adelante respecto de la directriz 4.5.2.

AUSTRALIA

Véanse las observaciones formuladas anteriormente respecto de la sección 4.5.

EL SALVADOR

1. Esta directriz, y la inclusión de esta sección en su conjunto, es uno de los aspectos fundamentales en materia de reservas; pese a ello, las consecuencias de una reserva inválida no fueron reguladas en ninguna de las Convenciones de Viena, dejando un vacío que causaba graves problemas prácticos, pues si bien se tenía la idea de que una reserva inválida no podía tener los mismos efectos que una reserva válida, no había una postura uniforme respecto al tratamiento que debía otorgárseles.

[1] *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 23; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 25.

2. Por ello, a El Salvador le parece adecuado que en la Guía de la Práctica se subordinen las consecuencias de ese tipo de reservas a criterios objetivos, su nulidad «de pleno derecho», lo cual implica la no subordinación de sus efectos, o para el caso de su falta de efectos, a la opinión de los Estados o de las organizaciones internacionales.

3. Véanse también las observaciones formuladas más adelante respecto de la directriz 4.5.3.

Finlandia

1. La Convención de Viena no ofrece orientación específica respecto de los efectos jurídicos de una reserva inválida. El artículo 21 de la Convención se refiere expresamente solo a las reservas válidas. No obstante, Finlandia está plenamente de acuerdo con el argumento de la Comisión de que una reserva inválida, a igual que una reserva que no cumpla las condiciones de validez formal enunciadas en el artículo 23 de la Convención, es nula de pleno derecho. Se trata de una consecuencia de la invalidez sustantiva de la reserva por definición; tal como señala la Comisión, la «nulidad» es la característica definitoria de un acto jurídico que tendría determinados efectos jurídicos si no fuera porque no cumple las condiciones formales y sustantivas de ese tipo de actos.

2. Una reserva, también por definición, es un acto jurídico que pretende tener el efecto jurídico de modificar el alcance o el contenido de una obligación que, en ausencia de esa reserva, el tratado impondría al Estado. Por lo tanto, parece razonable argumentar que cuando una reserva no cumple las condiciones sustantivas (enunciadas en el artículo 19 de la Convención de Viena) o las condiciones formales (enunciadas en el artículo 23 de la misma Convención) que deben tener las reservas como actos jurídicos, la reserva es nula de pleno derecho. La consecuencia de esta nulidad es que la reserva no puede tener los efectos jurídicos que pretende, a saber, alterar el alcance o el contenido de las obligaciones contractuales del Estado autor de la reserva.

3. Por consiguiente, Finlandia desea expresar su firme apoyo a la directriz 4.5.1.

Francia

1. En la práctica, en caso de una reserva inválida, puede suceder que los Estados señalen, en su objeción, que rechazan que la reserva les sea oponible, pero ello no obstante decidan reconocer la existencia del vínculo convencional con el Estado autor de la reserva. Esta opción intermedia puede parecer paradójica: ¿cómo puede un Estado formular objeciones a una reserva incompatible con el objeto y el fin de un tratado, es decir con las disposiciones esenciales que constituyen la razón de ser del tratado, sin que se llegue a la conclusión de que el tratado no lo puede obligar en relación con el Estado autor de la reserva? Quizás la paradoja sea menos profunda de lo que *prima facie* puede parecer. El Estado autor de la objeción puede considerar que la reserva a la que objeta, si bien pone en peligro el objeto y el fin del tratado, no impide la aplicación de disposiciones importantes entre dicho Estado y el Estado autor de la reserva.

2. El Estado autor de la objeción puede igualmente esperar que su objeción, por la forma de desaprobación que supone, propicie un «diálogo sobre las reservas» e incite al Estado autor de la reserva a reconsiderar la necesidad o el contenido de su reserva. Por el contrario, no parece que el Estado autor de la objeción pueda hacer total caso omiso de la reserva y actuar como si ella nunca se hubiera formulado. Esa objeción, conocida como de «efecto supermáximo» puesto que busca la plena aplicación del tratado sin tener en cuenta que se ha presentado una reserva, pondría en entredicho el principio cardinal del consenso subyacente al derecho de los tratados.

3. A juicio de Francia, es posible, tanto en lo que respecta a la Convención de Viena como a la práctica seguida, que los Estados que hayan formulado una objeción a una reserva incompatible, según ellos, con el objeto y el fin del tratado (o prohibida por una cláusula de reserva) no se opongan a la entrada en vigor del tratado entre ellos y el Estado autor de la reserva. La hipótesis según la cual una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado podría viciar totalmente el consentimiento del Estado autor de la reserva que ha de quedar obligado por el tratado parece estar en contradicción tanto con la voluntad expresada por el Estado autor de la reserva como con la facultad del Estado autor de la objeción de decidir si el tratado entra o no en vigor entre él y el Estado autor de la reserva. Además, este último por cierto puede quedar obligado por algunas disposiciones importantes del tratado, aun en el caso de que haya formulado una reserva a otras disposiciones relativas a la estructura general del tratado y, por ende, incompatible con el objeto y el fin de este. Por otra parte, y en lo referente a la práctica de Francia, conviene señalar que, cuando formula una objeción a una reserva prohibida por el tratado, pero no se opone a la entrada en vigor de este con respecto al Estado autor de la reserva, Francia entiende respetar así la voluntad expresada por ese Estado. Además, al reconocer expresamente que la objeción no impide la entrada en vigor del tratado —algo que no es estrictamente necesario conforme al régimen previsto por la Convención de Viena—, el Estado desea destacar la importancia de la relación contractual así establecida y preservar mejor el espacio de «diálogo sobre las reservas». Es cierto que los efectos de la entrada en vigor de ese tratado podrían ser extremadamente limitados en la práctica, especialmente en el caso de los tratados denominados «normativos», o cuando la reserva es tan general que pocas de las disposiciones del tratado han sido verdaderamente aceptadas por el Estado autor de la reserva. Francia sigue opinando que, por insatisfactoria que sea en ocasiones, esa solución es la que mejor respeta el ordenamiento jurídico internacional y la única que ofrece una respuesta práctica a cuestiones que parecen irresolubles en teoría. Aun en los casos en que una reserva sea «inválida», el derecho de los tratados no puede privar a una reserva de todos sus efectos reconociendo la posibilidad de objeciones de efecto «supermáximo», ni privar de todo valor al consentimiento de un Estado en obligarse por el tratado porque su reserva es incompatible con este, a condición, claro está, de que el Estado autor de la objeción haya accedido a mantener una relación contractual con aquel.

NORUEGA

La experiencia muestra que la Convención de Viena de 1969 y la Convención de Viena de 1986 tienen una serie de lagunas y ambigüedades en sus artículos 20 y 21. La directriz 4.5.1, que se refiere en parte a la nulidad de una reserva inválida, tiene por objeto subsanar una de las principales deficiencias de las Convenciones de Viena, está firmemente asentada en la práctica de los Estados y se ajusta además a la lógica del régimen de Viena.

PORTUGAL

El directriz 4.5.1 es importante ya que llena una de las lagunas de las Convenciones de Viena. Otra laguna que la Comisión podría cubrir en relación con el tema son las consecuencias de los actos realizados sobre la base de una reserva nula de pleno derecho.

REPÚBLICA DE COREA

Por lo que respecta a la directriz 4.5.1, la validez formal y sustantiva de las reservas debiera ser evaluada por un órgano administrativo independiente. Sin embargo, el autor de la evaluación no es otro que el autor de la reserva. Conviene que para cada tratado se establezca un evaluador imparcial, como por ejemplo un comité de aplicación o una reunión de partes contratantes, que pueda adoptar una decisión respecto a la validez formal y sustantiva de las reservas.

Directriz 4.5.2 (Condición del autor de una reserva inválida con respecto al tratado)

ALEMANIA

1. Los siguientes comentarios se centran en el aspecto probablemente más importante del proyecto de Guía de la Práctica de la Comisión, a saber, sus conclusiones con respecto a la validez de las reservas y, en particular, las consecuencias y los efectos jurídicos de las reservas inválidas sobre las relaciones convencionales. La cuestión ha sido muy debatida por los expertos jurídicos. Este aspecto del derecho internacional sigue sin resolverse.

2. La directriz 4.5.2 introduce una presunción general, según la cual, en el caso de una reserva inválida, el Estado que la formula pasa a ser parte en el tratado sin el beneficio de su reserva, a menos que exista una indicación clara de que el Estado en cuestión no quería obligarse por el tratado en esas circunstancias.

3. Esta presunción positiva se basa en la conclusión de la Comisión que figura en la directriz 4.5.1, según la cual «[u]na reserva que no cumpla las condiciones de validez formal y sustantiva enunciadas en las partes 2 y 3 de la Guía de la Práctica es nula de pleno derecho y, por lo tanto, carece de todo efecto jurídico» y, por consiguiente, puede separarse del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado.

4. En opinión de Alemania, la presunción positiva representa una propuesta de una nueva norma de derecho internacional de los tratados. Esta propuesta va claramente más allá de una simple directriz de la práctica existente en el marco del derecho internacional vigente.

5. Si bien la propuesta de la Comisión es un intento interesante por resolver la cuestión de las consecuencias jurídicas de las reservas inválidas que no fue abordada en las Convenciones de Viena, a Alemania no le convencen las conclusiones de la Comisión en este punto y tendría dudas al respecto, por no decir que se opondría a la incorporación de esa nueva norma al proyecto de directrices.

6. La postura de Alemania consiste en que la propuesta de la Comisión de una presunción positiva no se puede deducir de la jurisprudencia existente ni de la práctica en vigor de los Estados, sin duda no como una norma general igualmente válida para todos los casos de reservas inválidas conforme al artículo 19 de la Convención de Viena o con respecto a todos los tratados.

7. La práctica de los Estados sigue siendo ambigua en esta materia; sería difícil identificar un planteamiento uniforme de los Estados incluso en el ámbito más específico de los tratados sobre derechos humanos.

8. Cuando se examinan con mayor detenimiento las causas que más a menudo se invocan en apoyo de la propuesta de la Comisión de la presunción positiva (los casos *Belilos*[1] y *Loizidou*[2] ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), resulta claro que tienen que considerarse en su contexto específico, que es el del Consejo de Europa: un grupo bastante reducido de Estados pertenecientes a una misma región que comparten y defienden valores sociales y políticos comunes, cuya formulación por excelencia está constituida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sus Estados miembros desean estar sujetos al escrutinio y la interpretación autorizada de un sistema judicial obligatorio que incluso admite demandas de particulares. En sus decisiones para considerar que los Estados miembros están vinculados por su compromiso contractual sin el beneficio de sus reservas, el Tribunal se refiere a esta «naturaleza especial del Convenio como instrumento de orden público europeo». El Tribunal subraya «la práctica uniforme de las Partes Contratantes» y la activa participación de los Estados en este sistema, que implica el «riesgo inherente» (para un Estado miembro que formule una reserva) de que «los órganos del Convenio puedan considerar que la reserva es inválida» y quede obligado de todas formas.

9. Puede haber otros grupos de tratados muy especiales o tratados de gran relevancia con respecto a los cuales se puedan extraer conclusiones similares sobre la posibilidad de la presunción positiva sugerida por la Comisión en su proyecto de directrices. Sin embargo, Alemania defiende la postura de que, en general, no es así.

10. En opinión de Alemania, en el caso de una reserva inválida no se puede asumir que el Estado en cuestión esté plenamente obligado por un tratado. Esta interpretación no tendría en cuenta la intención evidente del Estado de no estar plenamente obligado.

---

[1] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Belilos c. Suisse*, sentencia de 29 de abril de 1988, *série A n.º 132.*

[2] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Loizidou c. Turquie*, sentencia de 23 de marzo de 1995, *série A n.º 310.*

11. Alemania desearía expresar su inquietud porque la presunción positiva propuesta en la sección 4.5 del proyecto de directrices pueda perjudicar realmente el desarrollo del derecho de los tratados a largo plazo y obstaculizar las relaciones contractuales entre los Estados.

12. Conforme a la presunción positiva propuesta en el proyecto de Guía, una reserva inválida carece de efectos jurídicos (directriz 4.5.1) y, como consecuencia de ello, al Estado autor de la reserva se le considera parte contratante sin el beneficio de su reserva, a menos que pueda determinarse la intención contraria de ese Estado.

13. Alemania teme que una presunción positiva amplia suponga que los Estados sean más reacios a adherirse a los tratados. Muchos Estados formulan reservas por razones constitucionales, como el caso de una reserva que constituya una condición para la aprobación parlamentaria. Estos Estados, incluida Alemania, se verían forzados a aclarar constantemente de forma expresa que su consentimiento en obligarse por un tratado depende de sus reservas. Existe la posibilidad de que, con el tiempo, la mayoría de las reservas vayan acompañadas de esa aclaración. Por tanto, en caso de invalidez de esa reserva, el Estado no pasaría a ser parte en el acuerdo internacional en cuestión.

14. Esto suscita varias preguntas y dudas: en primer lugar, cómo se determina la invalidez de una reserva en estos casos, especialmente con respecto al criterio de compatibilidad. El proyecto de directrices afirma lo obvio en la directriz 3.2, en el sentido de que permite a los Estados contratantes, los órganos de solución de controversias o los órganos de vigilancia de la aplicación de tratados examinar la validez de una reserva. Sin embargo, entre los Estados contratantes —y esto no sería inusual— pueden existir opiniones divergentes en este sentido. Una sola objeción basada en que la reserva no cumple el criterio de compatibilidad (artículo 19, apdo. *c*, de la Convención de Viena) bastaría para sembrar dudas sobre la condición del Estado autor de la reserva como parte en el tratado. La aceptación individual tácita o expresa de la reserva por parte de otros Estados no resolvería ni podría resolver la cuestión, puesto que también es inválida la aceptación de una reserva inválida (directriz 3.3.2). Una opción podría consistir en recurrir a la aceptación colectiva, como se propone en la directriz 3.3.3. Sin embargo, ese procedimiento requiere unanimidad, lo que podría ser difícil de lograr, considerando la objeción ya formulada. El procedimiento también presupone que la reserva es inválida, lo cual constituye el punto que se debate. En estos casos, la cuestión sobre si el Estado autor de una reserva ha pasado o no a ser parte en un tratado tendría que plantearse ante un órgano de solución de controversias. Los Estados concretos, o incluso una mayoría de ellos, no estarían ya en condiciones de definir las relaciones contractuales entre ellos mismos o de subsanar la situación.

15. La cuestión de si el Estado autor de una reserva ha pasado o no a ser parte en un tratado es particularmente interesante en los casos en los que es el consentimiento de ese Estado en obligarse lo que permitiría que el tratado entrara o no en vigor. Ahora bien, otro asunto es considerar las implicaciones que se derivan para las relaciones convencionales mientras la reserva esté en situación de indefinición.

16. Alemania observa con preocupación que, en lugar de aportar certidumbre jurídica, la presunción positiva general propuesta en el proyecto de directrices crearía incertidumbre en las relaciones convencionales y, de hecho, obstaculizaría el desarrollo de estas. Los Estados pueden abstenerse totalmente de formular objeciones por temor a las consecuencias, aunque tengan derecho a formular objeciones a las reservas que no desean aceptar por la razón que sea.

17. Alemania es plenamente consciente de que no aporta ninguna solución a la cuestión. Sin embargo, en este momento no desea aceptar la solución ofrecida por la Comisión con respecto a la invalidez de una reserva y las consecuencias de esta como norma de derecho internacional público.

Australia

1. Australia está particularmente preocupada por la presunción refutable que figura actualmente en la directriz 4.5.2, según la cual el Estado autor de una reserva será parte en un tratado sin el beneficio de la reserva inválida si no se manifestase la intención contraria. No obstante los factores establecidos en la directriz 4.5.2 para determinar esa intención, Australia observa dificultades en la práctica para que Estados distintos del Estado autor de la reserva establezcan el alcance del consentimiento en obligarse de este último. Esto es particularmente cierto en ausencia de un órgano jurisdiccional tercero que dicte una Resolución Vinculante para todos los Estados contratantes, lo cual podría conducir a una situación en la que el Estado autor de la reserva considere que esta es válida, mientras que el Estado autor de la objeción no la considere válida, pero entienda que se aplica la presunción, con el resultado de que no habría consenso con respecto a si el Estado autor de la reserva está obligado por el tratado y, si es así, si la reserva resulta aplicable. Por consiguiente, la presunción puede ser difícil de aplicar en la práctica y podría generar incertidumbre entre los Estados en sus relaciones convencionales.

2. Australia preferiría que se invirtiera la presunción que figura en la directriz 4.5.2, de forma que no se considere al Estado autor de la reserva parte en el tratado a menos que indique lo contrario. Esto aseguraría que la intención del Estado autor de la reserva siguiera siendo el factor determinante clave a la hora de determinar si ha pasado a ser parte en el tratado, aportaría mayor certidumbre a los Estados y preservaría el carácter voluntario del régimen de los tratados. Además, la inversión de la presunción permite que la responsabilidad de adoptar medidas recaiga en el Estado autor de la reserva, que puede modificar o retirar su reserva para eliminar su invalidez o renunciar a ser parte en el tratado. Otra ventaja de este planteamiento es que permite a los Estados que formulen objeciones mantener una relación convencional con el Estado autor de la reserva, incluso con la reserva inválida, en lugar de no tener ninguna relación convencional en absoluto.

Austria

Sin duda, la directriz 4.5.2 es el núcleo central de la cuestión de las reservas inválidas. Conforme a esta directriz, el autor de una reserva inválida pasa a ser parte en el tratado sin el beneficio de la reserva, «a menos que pueda

determinarse la intención contraria de ese Estado o esa organización». Austria coincide plenamente con la norma general expresada en el párrafo 1 del presente directriz, pero sugeriría un examen más detallado de sus excepciones. En opinión de Austria, la intención del autor de la reserva no se puede determinar a partir de la lista de factores que figura en el párrafo 2. Consideremos tan solo un ejemplo: ¿cómo pueden las reacciones posteriores de otros Estados contratantes expresar o reflejar la intención del autor de la reserva? Además, no queda claro quién «determinará» la intención del autor como se requiere en el párrafo 1. Estos problemas podrían evitarse simplemente pidiendo que el autor de la reserva exprese claramente su intención de no estar obligado si la reserva resulta ser nula de pleno derecho. Por tanto, Austria propone eliminar el párrafo 2 de la directriz 4.5.2 y sustituir la expresión «a menos que pueda determinarse la intención contraria de ese Estado o esa organización» por «a menos que ese Estado o esa organización expresen la intención contraria». En opinión de Austria, no sería apropiado obligar al autor de una reserva a estar vinculado por las disposiciones de un tratado cuando la reserva es nula de pleno derecho.

El Salvador

1. El Salvador expresa su apoyo al contenido y redacción de la presente directriz por las razones siguientes.

2. Sobre la condición atribuible al autor de una reserva inválida, resulta innegable que la nulidad de dicha reserva no afecta al consentimiento del Estado o una organización internacional en obligarse por el tratado. Por tanto, el autor de esa reserva está sujeto a las obligaciones contenidas en el tratado de manera integral y se le considera «parte» en el tratado o «contratante» si aún el tratado no se encuentra vigente.

3. Esta fue precisamente la postura expresada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Belilos c. Suisse*, en los términos siguientes: «[n]o cabe duda de que Suiza está y se considera obligada por el Convenio, con independencia de la validez de la declaración»[1]. Esta posición fue posteriormente reiterada en la causa *Loizidou c. Turquie*[2]. En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos continuó con esa tendencia, al indicar, en el caso *Hilaire vs. Trinidad y Tabago*, que

> Trinidad y Tabago no puede prevalerse de las limitaciones formuladas en su instrumento de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de lo establecido en el artículo 62 de la Convención Americana, por cuanto dicha limitación es incompatible con el objeto y fin de la Convención. Por lo tanto, la Corte considera que debe desestimar el segundo y tercer argumentos de la excepción preliminar interpuesta por el Estado en lo que se refiere a la competencia de la Corte[3].

Estados Unidos

1. La principal preocupación de los Estados Unidos con respecto al proyecto de directrices, que también fue puesta de manifiesto por varios Estados durante los debates de la Sexta Comisión celebrados el pasado año, se refiere a las consecuencias de formular una reserva inválida que no sea aceptada colectivamente por las partes en un tratado. El directriz 4.5.2 establece que cuando se ha formulado una reserva inválida, el Estado autor de esta se considera parte en el tratado sin el beneficio de la reserva, a menos que ese Estado haya expresado la intención contraria. Tras examinar con mayor detenimiento esta disposición y el comentario conexo, los Estados Unidos están en total desacuerdo con la conclusión a la que llega la Comisión sobre esta directriz.

2. Al examinar el razonamiento de la Comisión más detalladamente, los Estados Unidos coinciden con las declaraciones realizadas por Alemania y Hungría durante el debate de la Sexta Comisión en el sentido de que la CDI confía excesivamente en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia, que están limitadas en cuanto a la materia y las regiones a que se refieren. La jurisprudencia citada por la Comisión procede casi exclusivamente del ámbito de los derechos humanos[1] y, en lo que respecta a la práctica de los Estados, parece que la Comisión se centra únicamente en unos cuantos Estados europeos que han formulado objeciones con el llamado «efecto supermáximo»[2]. Con independencia del carácter de la práctica de otros Estados, los Estados Unidos consideran que una práctica limitada que se refiere a una única esfera del derecho internacional y a una región geográfica concreta no basta para proponer una directriz importante de aplicación general.

3. El comentario también rechaza demasiado rápidamente el planteamiento opuesto para abordar las reservas inválidas. En concreto, en el comentario se describe el planteamiento conforme al cual una reserva inválida impide que un Estado llegue a ser parte como una «solución radical»[3], incluso aunque se base en la propuesta que no parece demasiado controvertida de que una reserva es el reflejo de la medida en la que un Estado consiente en obligarse. Asimismo, en el comentario figuran conclusiones jurídicas que no están necesariamente justificadas

[1] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Belilos c. Suisse*, sentencia de 29 de abril de 1988, *série A n.º 132*, párr. 60: «En resumen, la declaración en cuestión no se ajusta a dos de los imperativos del artículo 64 (art. 64) del Convenio, por lo que corresponde considerarla inválida. Ahora bien, no cabe duda de que Suiza está y se considera obligada por el Convenio, con independencia de la validez de la declaración. Asimismo, el Gobierno de Suiza reconoció la competencia del Tribunal para determinar esta última cuestión que aquel le había planteado. Por tanto, se debe desestimar la excepción preliminar del Gobierno».

[2] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Loizidou c. Turquie*, sentencia de 23 de marzo de 1995, *série A n.º 310*, párrs. 97 y 98:

97. El Tribunal ha examinado el texto de las declaraciones y el tenor de las restricciones con vistas a determinar si las restricciones impugnadas pueden separarse de los instrumentos de aceptación o si forman parte integrante e indivisible de ellos. Incluso considerando los textos de las declaraciones relativas a los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) como un todo, el Tribunal estima que las restricciones denunciadas pueden separarse del resto del texto, dejando intacta la aceptación de las cláusulas facultativas.

98. De ello se desprende que las declaraciones de 28 de enero de 1987 y 22 de enero de 1990 relativas a los artículos 25 y 46 (art. 25, art. 46) del Convenio contienen aceptaciones válidas de la competencia de la Comisión y el Tribunal.

[1] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 6 a 13 del comentario a la directriz 4.5.2.

[2] Véase ibíd., párrs. 3 a 5.

[3] Ibíd., párr. 16.

[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hilaire vs. Trinidad y Tabago*, excepciones preliminares, sentencia de 1º de septiembre de 2001, *serie C n.º 80*, párr. 98.

por la práctica de los Estados. En concreto, en el comentario se reconoce expresamente que «en casi todos los casos», los Estados que formulan objeciones a una reserva considerada inválida «no se oponen a la entrada en vigor del tratado»[4]. Puesto que las reservas inválidas son nulas de pleno derecho, la Comisión llega a la conclusión jurídica de que ello «solamente podría conducir a que el autor de la reserva esté obligado por el tratado en su totalidad sin que pueda prevalerse de su reserva»[5]. Sin embargo, la indicación del comentario de que existe «desacuerdo» entre los Estados sobre el enfoque que se ha de dar a esta cuestión[6] parece socavar esa conclusión. Sin duda, la variedad existente en la práctica de los Estados no es suficiente para apoyar esta conclusión.

4. Incluso aunque la Comisión llegue a lo que considera un planteamiento de compromiso —establecer la presunción refutable de que el Estado autor de una reserva está obligado sin el beneficio de su reserva inválida—, este enfoque resulta incompatible con el principio fundamental del consentimiento. Los Estados Unidos han defendido desde hace mucho tiempo la postura según la cual cualquier intento de atribuir una obligación no asumida expresamente por un país, aunque se base en una reserva inválida, es incompatible con el principio fundamental del consentimiento, que es la base sobre la que se asienta el derecho de los tratados, como reconoció el propio Relator Especial. Por lo demás, cuando el principio del consentimiento se combina con la presunción de buena fe de que los Estados no formulan reservas a la ligera y supuestamente solo lo hacen cuando esas reservas son una condición esencial del consentimiento del Estado autor de la reserva en obligarse por el tratado, la presunción incluida en las directrices propuestas debería apuntar a la dirección contraria. En otras palabras, cuando se ha formulado una reserva inválida, al Estado autor solamente se le debería considerar parte en el tratado sin el beneficio de la reserva si ese Estado ha indicado expresamente que si se presentase una objeción, retiraría efectivamente su reserva y, por tanto, pasaría a ser parte sin el beneficio de esta.

5. En efecto, ninguno de los factores mencionados por la Comisión en apoyo de la presunción propuesta resulta convincente. En primer lugar, la Comisión señala que por el hecho de que el Estado autor de una reserva adopte la medida significativa de convertirse en parte en el tratado, no se debería sobrestimar la importancia de la propia reserva[7]. Pero este punto de vista sobre las reservas ignora el papel crucial que a menudo desempeñan para los Estados. Por ejemplo, puede formularse una reserva a causa de las restricciones internas que figuran en una ley fundamental del Estado, que no pueden ser derogadas por las disposiciones de los tratados atendiendo a lo previsto en el derecho interno. Por otro lado, muchos Estados están obligados a obtener la aprobación de sus órganos legislativos para ser partes en un tratado y esas entidades pueden desempeñar un papel en la determinación de las reservas requeridas. Por tanto, si se formula una reserva para tomar en consideración los límites de la constitución de un Estado o las inquietudes de los órganos legislativos del Estado, el deseo de este de ser parte en el tratado no tiene automáticamente mayor peso que las reservas concebidas para abordar preocupaciones de carácter interno. De hecho, esas reservas son esenciales para el consentimiento del Estado. En segundo lugar, la Comisión alega que es mejor presumir que el autor de una reserva forma parte del círculo de partes contratantes para resolver las dificultades relacionadas con las reservas inválidas en el contexto del régimen convencional[8]. Sin embargo, también en este caso se asume que esas reservas pueden superarse con un debate entre las partes. Aunque esto puede suceder con algunos tipos de reservas, si la reserva se formula para respetar una limitación constitucional básica o superar una dificultad grave suscitada por los órganos legislativos, probablemente el Estado autor no se encuentre en condiciones de colaborar con otros países para modificar su reserva.

6. En tercer lugar, la Comisión alega que su propuesta de presunción aportará certidumbre jurídica. En el comentario se señala que la presunción puede resolver la incertidumbre

> entre el momento en que se formula la reserva y el momento en que se determina su nulidad: durante todo este período (que puede durar varios años), el autor de la reserva se ha comportado como parte en el tratado y ha sido considerado como tal por las demás partes[9].

7. Es probable que la presunción propuesta no aporte gran claridad durante el período potencialmente prolongado que media entre el momento en que se formula la reserva y el momento en que se determina su nulidad. De hecho, en la práctica resultaría difícil aplicar la presunción en su formulación actual y esta podría socavar la estabilidad de las obligaciones derivadas de los tratados que las Convenciones de Viena se proponían fomentar. Por ejemplo, debido a la subjetividad inherente al examen de la validez de una reserva y la presunción de buena fe de que el Estado autor de una reserva pretende que esta sea válida, es bastante probable que el Estado que formule una reserva considere que esta es válida, a pesar de la opinión del Estado que formule una objeción en el sentido de que no lo es. Si el Estado autor de la objeción no consiguiera que se refutara la presunción, ambos Estados estarían de acuerdo en que existe una relación convencional entre ellos, pero el alcance de esa relación sería objeto de disputa. Por el contrario, si el Estado autor de la objeción decidiera por su cuenta que la presunción ha sido refutada por el Estado autor de la reserva basándose en los factores que figuran en la directriz, no existiría consenso entre esos dos Estados con respecto a si el Estado autor de la reserva está obligado de algún modo por el tratado. El Estado autor de la reserva continuaría alegando que su reserva es válida y, por tanto, que sigue siendo parte en el tratado, mientras que el Estado autor de la objeción opinaría que aquel no puede ser parte en el tratado.

8. Además, la presunción propuesta posiblemente ayude poco a facilitar la certidumbre durante el período posterior al momento en el que se determine la nulidad de la reserva, a menos que la presunción sea particularmente difícil de refutar. Al parecer, se lograría una mayor certidumbre jurídica, al menos parcialmente, si se aplicara una presunción sólida y se previera la contratación de las

[4] Ibíd., párr. 2; véase también el párrafo 19.

[5] Ibíd., párr. 2.

[6] Ibíd., párr. 19.

[7] Véase ibíd., párr. 35.

[8] Véase ibíd., párr. 36.

[9] Ibíd., párr. 37.

relaciones convencionales sin el beneficio de la reserva. Sin embargo, si la presunción se puede refutar fácilmente una vez que se ha determinado la nulidad, o los Estados pueden adoptar medidas con antelación para asegurarse de que pueden refutarla, se pondría fin a las relaciones convencionales entre el Estado autor de la reserva y el Estado autor de la objeción. Por tanto, si la presunción es fácil de refutar, los Estados no dispondrían por anticipado de una certidumbre razonable de que las relaciones convencionales continuarían con independencia de cuál fuera la caracterización de la reserva en último extremo.

9. Asimismo, la presunción propuesta por la Comisión posiblemente genere incentivos indeseables en la práctica de los Estados en el ámbito de los tratados. Con el fin de refutar la presunción de la forma más eficaz posible, el Estado autor de la reserva posiblemente indique en el momento de formularla si desea obligarse sin el beneficio de la reserva en el caso de que, a la postre, se considere que la reserva es inválida. Ahora bien, al hacerlo, el Estado autor de la reserva estaría sugiriendo su preocupación por que la reserva sea inválida. Por tanto, con miras a refutar la presunción de la forma más eficaz posible, los Estados se verían obligados, en cierto modo, a admitir que sus actos pueden ser inválidos. Los Estados Unidos no alcanzan a ver con claridad que este planteamiento sea práctico o vaya a mejorar el proceso para dilucidar los efectos de las reservas en las relaciones convencionales entre los Estados.

10. También cabe destacar que el proyecto de directrices solo deja dos opciones al Estado que ha formulado una reserva inválida: ser parte en el tratado sin el beneficio de la reserva conforme a la presunción, o abstenerse de ser parte en el tratado en modo alguno. Esta solución no permite la posibilidad de que el Estado autor de la objeción opte por mantener una relación convencional incluso con la reserva inválida en lugar de abstenerse de cualquier tipo de relación convencional, asumiendo que el Estado autor de la reserva haya refutado la presunción. En el comentario se explica que este planteamiento supone «equiparar el efecto de las reservas inválidas con el de las reservas válidas»[10]. Con independencia de que los negociadores de la Convención de Viena previeran o no este resultado, no se debería rechazar de antemano. Puesto que, como ha señalado acertadamente el Reino Unido en su declaración pronunciada en la Sexta Comisión, existe un elemento de subjetividad a la hora de juzgar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado, y dado que «[l]a inmensa mayoría de las objeciones se basan en la invalidez de la reserva a la que se hace la objeción»[11], parece que el sistema para abordar las reservas consideradas inválidas debería ser lo más flexible posible. Desde un punto de vista práctico, hay ocasiones en las que puede ser mejor mantener la relación convencional con un Estado aunque exista una reserva inválida[12].

11. También cabe mencionar una cuestión expuesta por el Reino Unido en su declaración pronunciada en la Sexta Comisión con respecto al umbral para que se aplique la presunción. En concreto, si se incluye cualquier tipo de presunción, el comentario debería aclarar que la objeción formulada por una parte no puede poner en marcha dicha presunción de forma que se aplique a todas las partes, resultado que podría inferirse de las directrices vigentes y del actual comentario. La determinación de la validez de una reserva puede ser una labor con un fuerte elemento subjetivo y, como consecuencia de ello, las directrices o el comentario deberían aclarar que las objeciones no desencadenan la aplicación de cualquier presunción a todas las partes.

12. Además de las dificultades observadas con respecto a la existencia y el sentido de la presunción, los Estados Unidos encuentran problemas en el planteamiento de la Comisión a la hora de determinar la intención del autor de una reserva. La Comisión reconoce que la determinación de la intención del autor puede resultar difícil y establece una lista no exhaustiva de factores que se deben considerar[13]. En esa lista figuran varios factores: la redacción de la reserva, las declaraciones del Estado autor de la reserva en el momento en que consiente en obligarse, la conducta posterior del Estado autor de la reserva, las reacciones de otros Estados contratantes, las disposiciones a las que se refiere la reserva, y el objeto y el fin del tratado. Sin embargo, no resulta claro por qué las opiniones manifestadas expresamente por el Estado autor de una reserva en el momento de dar su consentimiento en obligarse no prevalecen siempre sobre otros factores. Los Estados Unidos también cuestionan la relevancia de la conducta posterior del Estado autor de la reserva para la determinación de su intención. Como se ha señalado anteriormente, el Estado autor de la reserva posiblemente la formule para que sea válida. Por tanto, el hecho de que dicho Estado participe en relaciones convencionales con otras partes no debería considerarse una prueba de que desea obligarse sin el beneficio de la reserva, puesto que es igualmente probable, si no más, que ese compromiso sea tan solo un reflejo de que el Estado asume que se trata de una reserva válida. Por otro lado, incluso el hecho de que el Estado autor de una reserva actúe de conformidad con la disposición del tratado con respecto a la cual haya formulado la reserva no valida necesariamente la presunción propuesta, ya que los Estados pueden formular una reserva por diferentes razones relacionadas con su distribución interna de competencias y en la práctica seguir actuando, en general, conforme a las obligaciones pertinentes.

13. Como los Estados Unidos explicaron en la declaración pronunciada en la Sexta Comisión en 2010, las cuestiones que deben abordarse en estas directrices tienen una importancia fundamental. La propuesta de directriz 4.5.2 trata una cuestión que no está desarrollada con claridad en las Convenciones de Viena y sobre la cual, como se señala en el comentario, existen opiniones muy diversas y, por tanto, no existen normas de derecho internacional consuetudinario que codificar. En estas circunstancias, los Estados Unidos creen que esta cuestión merece ser debatida con mayor detenimiento antes de que tenga lugar la aprobación definitiva.

[10] Ibíd., párr. 16, del comentario a la directriz 4.5.1.

[11] Ibíd., párr. 3, del comentario a la directriz 4.5.3.

[12] Un planteamiento alternativo cuando existe una reserva inválida podría consistir simplemente en renunciar a la relación convencional entre el Estado autor de la reserva y los Estados que las objetan, lo cual posiblemente genere mayor certidumbre que cualquiera de las presunciones debatidas por la Comisión. En este caso, el Estado autor de la reserva puede mantener la relación convencional con otras partes y, en el supuesto de que su reserva fuera considerada inválida, las disposiciones a las que afecte la reserva quedarían al margen de la relación convencional entre el Estado autor de la reserva y otras partes.

[13] Véase ibíd., párrs. 41 y ss., del comentario a la directriz 4.5.2.

Finlandia

1. El hecho de que una reserva inválida no pueda tener el efecto jurídico que se pretende con ella no determina por sí mismo si el Estado o la organización internacional que la haya formulado pasa a ser parte en el tratado en cuestión. Como señala la Comisión, existen dos resultados opuestos compatibles con la ausencia de efectos jurídicos de la reserva: o bien el Estado o la organización que formula la reserva pasa a ser parte en el tratado sin beneficiarse de ella, en cuyo caso esta obviamente no produce el efecto deseado, o bien el Estado o la organización no pasa a ser parte en el tratado en modo alguno, en cuyo caso la reserva tampoco produce los efectos pretendidos, puesto que ni siquiera existe una relación convencional. La Convención de Viena guarda silencio sobre esta cuestión crucial.

2. Es bien sabido que Finlandia, junto con un número cada vez mayor de Estados, se ha mostrado partidaria del denominado planteamiento de la «divisibilidad». Como se observa en el informe de la Comisión, una objeción basada en este planteamiento supone, en primer lugar, que la reserva es inválida y, a continuación, implica que la objeción no impide la entrada en vigor del tratado entre X e Y ni que el tratado entre en vigor sin que Y se beneficie de su reserva. Aunque cada vez se utiliza más, no todos los Estados han adoptado este planteamiento; como se pone de manifiesto en el informe de la Comisión, algunos Estados prefieren simplemente declarar que el tratado en cuestión entrará en vigor con independencia de la objeción y no se pronuncian sobre los efectos que tienen la reserva y la posterior objeción sobre el alcance y el contenido de las obligaciones que contraen en virtud del tratado, si las hubiere. Sin embargo, conforme señala la Comisión, estos planteamientos parecen diferenciarse poco o nada en sus consecuencias últimas: sin duda, un Estado que utilice la última formulación no opinaría que, a pesar de la objeción y la invalidez de la propia reserva, el Estado autor de esta ha conseguido de hecho modificar las obligaciones en cuestión derivadas del tratado.

3. La otra solución consistiría en determinar que en los casos en los que un Estado formule una reserva inválida, de hecho no pasa a ser parte en el tratado en modo alguno. La mayoría de quienes apoyan este planteamiento probablemente alegarán que cualquier otra solución menoscabaría la base consensual del derecho de los tratados: ningún Estado puede quedar sujeto a obligaciones contractuales en contra de su voluntad. No existe ninguna duda de que cualquier solución al problema en cuestión debe respetar este principio fundamental.

4. En efecto, cualquier diferencia de opinión en relación con la materia de la que trata la directriz 4.5.2 seguramente no procederá del desacuerdo sobre este principio fundamental; más bien, la pregunta que se plantea es cuál debería ser la presunción jurídica en los casos en los que no está clara la intención real del Estado o la organización que formula la reserva. Obviamente es posible elegir entre dos presunciones alternativas: en primer lugar, en caso de incertidumbre, deberíamos asumir que cualquier reserva forma parte integrante de la aceptación de ese Estado de las obligaciones en cuestión derivadas del tratado y, por lo tanto, si se considerara que la reserva no produce los efectos pretendidos, el Estado no desearía quedar vinculado. La segunda presunción posible es evidentemente la opuesta: en ausencia de una evidencia clara en sentido contrario, se presume que, no obstante, el Estado desea obligarse.

5. Algunos han alegado que el segundo planteamiento burlaría el principio del consentimiento y que, de hecho, disminuiría el interés de los Estados en ser partes en tratados multilaterales por temor a quedar vinculados de forma inadvertida por obligaciones que no aceptarían voluntariamente. Sin embargo, este argumento resulta debilitado cuando se considera que el Estado autor de la reserva puede refutar fácilmente esta presunción declarando que la reserva forma parte integrante de su voluntad de ser parte en el tratado. En conjunto, Finlandia está plenamente de acuerdo con la Comisión en que la segunda presunción generará unas ventajas prácticas muy superiores a las de la primera. La Comisión explica estas ventajas de forma loable[1] y llama la atención acertadamente sobre la práctica extendida de los Estados de apoyo a esta presunción; no es necesario repetir aquí ninguno de los argumentos en detalle. Sin embargo, Finlandia desea presentar otro argumento a favor de la segunda presunción: el de la eficacia.

6. Cuando un Estado formula una reserva a un tratado multilateral, cuya validez se puede cuestionar razonablemente, la reserva provoca de forma inevitable cierto grado de incertidumbre jurídica con respecto a las relaciones contractuales del Estado autor de la reserva y los Estados partes en el tratado. Presuntamente no se desea que se produzca esta incertidumbre y además esta resultaría perjudicial, por lo que a los Estados partes les interesa reducirla de la mejor forma posible. Finlandia opina que en igualdad de condiciones, la solución preferible para esta cuestión es atribuir la responsabilidad de la incertidumbre a la parte que pueda eliminarla con el menor esfuerzo posible, es decir, de la forma más eficiente.

7. El principio del consentimiento, generalmente aceptado, significa que el único factor relevante para determinar si un Estado llega a estar obligado por el tratado en caso de una reserva inválida es su propia intención: es decir, si en el momento en que manifestó su consentimiento en obligarse, este dependía de la validez de su reserva. Si es así, la única entidad capaz de resolver la cuestión fuera de toda duda, en ausencia de un árbitro externo, es el propio Estado autor de la reserva. Este es el único que conoce sus propias intenciones, mientras que los demás solo pueden hacer conjeturas. Por lo tanto, la solución más eficiente consiste en atribuir la responsabilidad de cualquier incertidumbre derivada de una reserva potencialmente inválida al Estado que la formula.

8. La exigencia de que el Estado autor de la reserva aclare cuándo esta es una condición *sine qua non* de su consentimiento, con el fin de evitar el riesgo de obligarse por el tratado en su integridad, crearía un fuerte incentivo para que los Estados formularan más reservas motivadas y, por tanto, reduciría la incertidumbre en el futuro.

9. Por todas estas razones, Finlandia sigue apoyando firmemente la directriz 4.5.2 y opina que es la mejor solución disponible.

---

[1] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte).

Francia

Francia reafirma la postura que ha expuesto en reiteradas ocasiones acerca de la importancia del principio cardinal del consenso que anima el derecho de los tratados. No es posible obligar a un Estado autor de una reserva a cumplir las disposiciones del tratado sin el beneficio de su reserva, a menos que a ese respecto haya indicado lo contrario. En este sentido, solo el Estado que haya presentado la reserva está en condiciones de pronunciarse sobre la función exacta de esta última en la expresión de su consentimiento en quedar obligado por el tratado. Para Francia es inconcebible que un Estado distinto del Estado autor de la reserva esté en condiciones de apreciar el alcance de su consentimiento.

Noruega

En la directriz 4.5.2 no se pretende identificar y codificar una práctica uniforme. Tampoco se pretende generalizar un contexto de los tratados propio de Europa, basado en las normas de Estrasburgo, aunque la orientación no debería ser contraria a él en su contexto específico. Más bien, se propone una solución intermedia que tiene en cuenta las fuentes existentes y las prácticas vigentes. La directriz sirve sutilmente de puente entre opiniones divergentes. Para ello, se basa en un espíritu de honestidad intelectual, buscando promover la certidumbre jurídica. Asimismo, de una lectura atenta se desprende que lo hace manteniendo la lógica del régimen de Viena. Guiados por esa orientación, los Estados estarán motivados para aclarar sus intenciones, según proceda, cuando formulen una reserva. Al mismo tiempo, una combinación de factores, junto con una presunción refutable, podrían servir de guía a las autoridades sobre la base de una mayor claridad. Si procede, estas pueden expresar las premisas de su consentimiento en obligarse.

Portugal

1. En lo que respecta a la directriz 4.5.2, Portugal coincide con la opinión según la cual la nulidad de una reserva afecta también al consentimiento de su autor en obligarse por el tratado.

2. Esta conclusión procede de las Convenciones de Viena en el sentido de que establecen que el autor de una reserva no llega a ser Estado contratante u organización contratante hasta que al menos otro Estado contratante u otra organización contratante acepta la reserva. Por tanto, se presume que la reserva es una condición esencial del consentimiento en obligarse.

3. Así pues, el punto de partida debería ser la presunción de que un tratado no entra en vigor para el autor de una reserva nula. El principio del consentimiento (y, por tanto, la intención) sigue siendo la piedra angular de este asunto. En todo caso, se llegaría a una conclusión similar a la propuesta por la Comisión. Sin embargo, sería más coherente con las opciones que figuran en las Convenciones de Viena.

Reino Unido

1. En las observaciones que formuló durante los debates celebrados por la Comisión en 2010, el Reino Unido volvió a reiterar su opinión de que si un Estado ha formulado una reserva inválida, no ha expresado válidamente su consentimiento en obligarse y, por lo tanto, no pueden nacer relaciones convencionales. El Reino Unido se comprometió a examinar las observaciones formuladas por otros durante el debate y a aportar nuevas opiniones al respecto.

2. La cuestión de la condición de una reserva inválida es de fundamental importancia para la labor de la Comisión. En opinión del Reino Unido, la actual situación derivada del criterio «flexible» de la Convención de Viena de 1969 presenta ciertas ventajas, ya que alienta una mayor participación en los tratados. Sin embargo, también conlleva el riesgo de divergencias en la práctica y *opinio juris* entre los Estados y, por lo tanto, plantea preocupaciones en lo que respecta a la integridad de los tratados y la seguridad jurídica. El Reino Unido está convencido de que las directrices actuales suponen una importante oportunidad para intentar resolver las ambigüedades y las incertidumbres que puedan derivarse de la actual situación, lo que resultará aceptable para todos los Estados.

3. El Reino Unido sigue considerando que el criterio «estricto» propugnado anteriormente, especialmente en sus observaciones relativas a la Observación general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos[1], es *lex lata*. Sin embargo, sabe que esta posición tropieza con dificultades prácticas respecto a dónde, cuándo y por quién se establece la invalidez sustantiva o formal de una reserva. La invalidez formal no siempre se puede determinar objetivamente y con facilidad, en particular cuando surge la duda de si la reserva se conforma al objeto y al fin del tratado.

4. Si bien el Reino Unido elogia a la Comisión por el buen tino con que, por medio de la directriz 4.5.2, ha tratado de adoptar una posición intermedia entre el criterio «estricto» propugnado entre otros por el Reino Unido y el efecto «supermáximo» de las reservas inválidas, sigue teniendo las mismas preocupaciones al respecto. La «presunción refutable» enunciada en la directriz contiene lo que parece ser una importante salvaguardia para el Estado autor de la reserva, en el sentido de que puede refutar la presunción si puede demostrar una intención contraria. El resultado de esa refutación sería que el Estado autor de la reserva sencillamente no pasa a ser parte en el tratado. Sin embargo, no resulta claro qué pruebas serán suficientes para determinar si «la reserva es considerada como una condición esencial del consentimiento del autor en obligarse por el tratado». No convence al Reino Unido la lista de factores no exhaustiva pero en última instancia restrictiva que figura en las directrices. Por ejemplo, ¿es prueba suficiente la simple declaración en un instrumento de ratificación de que un Estado consiente en obligarse con arreglo a una determinada reserva? En caso contrario, ¿cuál sería el criterio de evaluación?

5. A fin de alentar el desarrollo progresivo de la práctica en este ámbito, y con el ánimo de impartir mayor seguridad jurídica a las consecuencias jurídicas de lo que el Relator Especial ha denominado «diálogo sobre las reservas», el Reino Unido propondría la siguiente como alternativa a la directriz 4.5.2:

[1] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/50/40), Comentario general n.º 24, anexo VI.

«El Estado o la organización internacional autor de la reserva debe, dentro del plazo de 12 meses a partir de la formulación de una objeción a una reserva por motivos de invalidez, indicar expresamente si desea retirar la reserva o si consiente en obligarse. A falta de respuesta expresa, se considerará que el Estado o la organización internacional autor de la reserva es un Estado u organización contratante sin el beneficio de la reserva.»

6. En caso de que haya una respuesta expresa, esta se examinaría caso por caso. Esta propuesta fomentaría la claridad en las relaciones convencionales. Con ella se lograría un justo equilibrio entre los intereses de los Estados autores de reservas y los de los demás Estados. Además, alienta al autor de la reserva a entablar un diálogo con el Estado u organización internacional autor de la objeción y a reexaminar su reserva. Con arreglo a esta propuesta, recae en el autor de la reserva la carga de aclarar su intención de si desea o no pasar a ser parte en el tratado si la reserva resulta ser inválida. Por último, se da al autor de la reserva suficiente margen de maniobra para alentarlo a plantearse la posibilidad de seguir siendo parte.

República de Corea

El directriz 4.5.2 se basa principalmente en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, el principio de separar la validez de una reserva y la condición de parte contratante puede no aplicarse necesariamente a tratados distintos de los de derechos humanos. Por lo tanto, conviene poner como ejemplos posibles tratados que se ajusten a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque esos tratados no sean característicos de los tratados sobre derechos humanos.

Suiza

1. Las observaciones de Suiza se centrarán a continuación, brevemente, en la directriz 4.5.2.

2. Es preciso responder a la cuestión de si se puede considerar que el autor de una reserva, en caso de que sea inválida, está obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva o si, por el contrario, debe considerarse que no está obligado en absoluto por el tratado. Sería lamentable que, debido a la dificultad del problema, no se resolviera la cuestión.

3. Parece indiscutible que es obligatorio basarse en la intención del autor de la reserva y que el problema surge únicamente cuando no se puede determinar esta intención. No parece deseable partir de la presunción contraria y señalar que si no se puede determinar la intención del autor de la reserva, este no está obligado por el tratado, y hacerlo podría causar más problemas. Por lo tanto, Suiza se pregunta si una solución podría consistir en el mantenimiento de la presunción de la directriz 4.5.2, pero atenuando el grado de verosimilitud necesario para considerar que se ha determinado la intención del autor de la reserva. En efecto, una directriz sobre el tema que incluyera una presunción tendría además la clara ventaja de alentar encarecidamente al autor de la reserva a que declarase sus intenciones en el caso de una reserva inválida en vez de guardar silencio o insistir, sin formular ningún comentario, en la afirmación de la validez de su reserva.

Directriz 4.5.3 (Reacciones a una reserva inválida)

Australia

Véanse las observaciones formuladas anteriormente en relación con la sección 4.5.

El Salvador

1. Tal como ha indicado la misma Comisión, el párrafo 1 de esta directriz es «la reiteración [...] de un principio fundamental [...] según el cual la nulidad de una reserva inválida depende de la propia reserva y no de las reacciones que esta pueda suscitar [situándose] directamente en la línea de la directriz 3.1 [...], la directriz 3.3.2 y la directriz 4.5.1»[1].

2. En este sentido, El Salvador considera innecesaria la inclusión de este párrafo 1 en la directriz, pues reitera el contenido de la 4.5.1, que se refiere a la nulidad de una reserva inválida. El comentario posterior destaca la observación de que la nulidad no depende de la objeción o la aceptación por un Estado o una organización contratante.

3. El párrafo 2 de la directriz 4.5.3 —aunque sigue la misma lógica de las directrices anteriores— sí incorpora un nuevo elemento, que es el establecimiento de una regla disuasoria para los Estados y organizaciones internacionales de expresar las razones por las que consideran inválida la reserva formulada, con lo cual se contribuye a la estabilidad y transparencia de la situación jurídica de los Estados y organizaciones internacionales en sus relaciones convencionales. No obstante, su ubicación podría ser trasladada a la directriz 4.5.1 como segundo párrafo de la misma, en virtud de la ya manifestada innecesariedad del párrafo 1 de la directriz 4.5.3.

[1] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 1 y 2 del comentario a la directriz 4.5.3.

Estados Unidos

La directriz 4.5.3 alienta a los Estados a formular lo antes posible objeciones motivadas a las reservas inválidas, y en el comentario se explica que no es indispensable que las objeciones a las reservas inválidas se formulen en el plazo de 12 meses establecido en la Convención de Viena para las objeciones a las reservas válidas[1]. Sin embargo, en la medida en la que una reserva inválida puede tener un efecto incluso mayor sobre las relaciones convencionales que una reserva válida —obligando, por ejemplo, al Estado autor de la reserva sin el beneficio de esta o impidiendo que ese Estado sea parte en el tratado— parecería de gran importancia establecer un plazo concreto durante el cual se deban formular las objeciones por este motivo. Como consecuencia de ello, es posible que la Comisión desee considerar la incorporación al final del párrafo 2 de la directriz 4.5.3 de la frase «y preferiblemente dentro del plazo de 12 meses contados desde la notificación de la reserva».

[1] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 14 del comentario a la directriz 4.5.3.

FINLANDIA

1. Como acertadamente se señala en la directriz 4.5.3, el hecho de no adecuarse a los requisitos formales o sustanciales que figuren en el acto es en sí mismo suficiente para considerar que una reserva es nula y carece de efectos jurídicos. No se requiere nada más, como una objeción o cualquier otra reacción de oposición de las demás partes contratantes. Sin embargo, Finlandia apoya la opinión de la Comisión de que a menudo puede resultar beneficioso para los Estados contratantes declarar oficialmente, si procede, que consideran que una reserva es inválida sustancial o formalmente. Si bien esa declaración no es necesaria desde un punto de vista jurídico, una opinión motivada atraerá una mayor atención sobre la cuestión y podrá contribuir a aclarar la situación jurídica existente.

2. Por tanto, Finlandia desea seguir expresando su apoyo a la directriz 4.5.3.

3. Véanse también las observaciones formuladas anteriormente en relación con la directriz 4.5.1.

4. Finlandia coincide también con la Comisión en que, incluso aunque pueda hacerse una distinción analítica entre el acto de oponerse a una reserva válida y el de oponerse a una inválida, ambos actos deben considerarse «objeciones», puesto que esta es la práctica uniforme de los Estados y no parece que exista un riesgo real de confusión. Sin embargo, a Finlandia le convence menos el razonamiento de la Comisión según el cual la definición de «objeción» que figura en la directriz 2.6.1 es lo suficientemente amplia para abarcar las objeciones a las reservas inválidas además de las formuladas en relación con reservas válidas. Según la directriz 2.6.1, una objeción es

> una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que el primer Estado o la primera organización *se propone** excluir o modificar los efectos jurídicos de la reserva, o excluir la aplicación del tratado en su conjunto, en sus relaciones con el Estado o la organización autor de la reserva.

Es evidente que la expresión «se propone» implica una finalidad o intención por parte del Estado autor de la objeción, en este caso, la finalidad o intención específica de modificar o excluir los efectos de la reserva. Sin embargo, un Estado podría no tener tal intención cuando considera que, de entrada, la reserva carece de todo efecto jurídico; la finalidad de la objeción es simplemente señalar la invalidez y consiguiente falta de efecto jurídico de la reserva.

5. Por estas razones, Finlandia propone a la Comisión que considere la posibilidad de aquilatar la definición que figura en la directriz 2.6.1, de forma que incluya expresamente ambos tipos de objeciones, tal vez añadiendo la frase «o por la que el Estado o la organización internacional autor de la objeción expresa su opinión de que la reserva es inválida y carece de efecto jurídico».

PORTUGAL

1. Portugal acoge con beneplácito el recordatorio que figura en la directriz 4.5.3. Portugal también valora positivamente la voluntad pedagógica que demuestra la Comisión al alentar a los Estados y las organizaciones internacionales a que reaccionen frente a las reservas inválidas.

2. No obstante, es bien sabido que esa reacción no sería una objeción real, puesto que una reserva inválida carece de efectos jurídicos. Por tanto, la reacción a este respecto no tendría ningún efecto jurídico directo. Asimismo, la redacción impulsa a los Estados y las organizaciones internacionales contratantes a reaccionar casi como obligación, lo cual no es compatible con la absoluta libertad de tener esa reacción. Por tanto, Portugal sugiere que se sustituya la expresión «debería [...] formular [...] una objeción motivada al respecto» por «podrá reaccionar [...] formulando la correspondiente declaración motivada al respecto».

REPÚBLICA DE COREA

La directriz 4.5.3 parece superflua. Según el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969, se considera que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que ha recibido la notificación de la reserva. Otras partes podrían presentar objeciones basadas en esta cláusula de la Convención de Viena.

Sección 4.7 (Efectos de una declaración interpretativa)

FRANCIA

Los efectos de una declaración interpretativa y las posibles reacciones a ella deben distinguirse de los efectos de una reserva, ya que las declaraciones interpretativas pueden inscribirse en un contexto más amplio que el mero tratado sobre las cuales versan, para referirse en general a la interpretación que hacen los Estados de sus derechos y obligaciones en derecho internacional. Es igualmente importante diferenciar la aprobación de una declaración interpretativa y el acuerdo entre las partes en lo referente a la interpretación del tratado.

Directriz 4.7.1 (Aclaración de los términos del tratado por una declaración interpretativa)

MALASIA

1. Malasia desea aclaraciones sobre la función asignada a la aprobación de una declaración interpretativa o a una oposición a ella en la interpretación de un tratado en el párrafo 2 de la directriz 4.7.1, vale decir si desempeña un papel a la hora de determinar cuánta ponderación y valor ha de darse a la interpretación propuesta por la declaración interpretativa, o si cumple meramente una función de ayuda para interpretar un tratado sin incidir en la interpretación propuesta por la declaración. Malasia cree que la aprobación de una declaración interpretativa o la oposición a ella no debería determinar la ponderación que se le ha de asignar a esa declaración, sino que debe considerarse como una mera ayuda para interpretar un tratado. Al expresar su consentimiento en obligarse por un tratado, los Estados tienen en mente un entendimiento de los términos empleados en él. Además, en virtud de un tratado se pide a las partes contratantes que pongan en práctica sus disposiciones en sus relaciones internacionales entre sí, así como en sus asuntos internos. Hacer que

la aprobación y la oposición determinen la admisibilidad de la interpretación propuesta por el Estado autor dificultará el cumplimiento por ese Estado de sus obligaciones convencionales en sus asuntos internos e internacionales. Por ese motivo, Malasia considera que la aprobación de las declaraciones interpretativas o la oposición a ellas no debería determinar la ponderación que se ha de dar a la interpretación propuesta.

2. Malasia señala que, con arreglo a las directrices 2.9.1 y 2.9.2, los términos «aprobación» y «oposición» se refieren a una aprobación y oposición expresas. Sin embargo, con arreglo a las directrices 2.9.8 y 2.9.9, la aprobación y la oposición también pueden inferirse del «silencio» de las partes contratantes. Malasia considera que los términos «aprobación» y «oposición» que figuran en la directriz 4.7.1 solo deberían incluir las definiciones consignadas en las directrices 2.9.1 y 2.9.2. Sin embargo, si las reglas enunciadas en las directrices 2.9.8 y 2.9.9 han de ser también aplicables a la directriz 4.7.1, de ello resultaría que podría aceptarse o rechazarse una declaración interpretativa amparándose exclusivamente en que del silencio de los Estados contratantes podría inferirse la aprobación de la declaración o la oposición a ella. La incertidumbre que genera la naturaleza jurídica del silencio sobre una declaración interpretativa concreta podría, por consiguiente, dar lugar a un resultado no deseado. Por ese motivo, Malasia considera que dicha inferencia no debería ser el resultado de la mera inacción de los Estados ya que ello tendrá efectos en la interpretación del tratado, y que los términos «aprobación» y «oposición» que figuran en la directriz 4.7.1 deberían hacer referencia a la aprobación y la oposición expresas.

Directriz 4.7.2 (Efectos de la modificación o el retiro de una declaración interpretativa con respecto a su autor)

Malasia

Con respecto a la directriz 4.7.2, Malasia considera que la directriz se basa en el principio de que no se debería permitir a un Estado «jugar con dos barajas». No puede declarar que interpreta ciertas disposiciones de una manera determinada y más tarde adoptar una postura diferente. Por consiguiente, los Estados deben actuar con cautela a la hora de proponer una interpretación a un tratado. Vale decir, los Estados deben estar plenamente dispuestos a cumplir las obligaciones estipuladas en el tratado antes de hacerse parte en él, y deben tener en cuenta la posibilidad de cambios en el futuro, como por ejemplo una modificación de la normativa nacional, antes de formular una declaración interpretativa. Ello se debe a que, aunque puede recurrirse al mecanismo de retiro o modificación, quizás este no surta los efectos previstos por los Estados. Sin embargo, puesto que la aplicación de la directriz en relación con la directriz 4.7.1 depende de si otros Estados se han basado en la declaración interpretativa formulada por el Estado declarante, Malasia considera que quizás sea necesario que la Comisión explique en el comentario de la directriz en qué medida el hecho de que los Estados se basen en una declaración interpretativa puede impedir que el retiro o modificación de esa declaración surta los efectos previstos en la directriz 4.7.1.

Sección 5 (Reservas, aceptaciones de las reservas y objeciones a las reservas, y declaraciones interpretativas en caso de sucesión de Estados)

Australia

En relación con la sección 5, Australia observa que estas disposiciones implican tanto la codificación como el desarrollo progresivo del derecho internacional.

Austria

En opinión de Austria, las directrices relativas a las reservas y la sucesión de Estados dan la impresión de ser un «juego de abalorios», ya que se refieren a conceptos que solo reflejan parcialmente la situación actual del derecho internacional. Se basan en la Convención de Viena de 1978, que cuenta con pocas partes contratantes y que, en general, se considera que solo refleja parcialmente el derecho internacional consuetudinario. Esta Convención, al igual que la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de 1983[1], distingue entre los Estados de reciente independencia y otros Estados sucesores. Austria se pregunta si la utilización de la categoría de los «Estados de reciente independencia» sigue siendo apropiada en la actualidad, puesto que el proceso de descolonización y la necesidad de considerar circunstancias especiales derivadas de dicho proceso en el contexto de la sucesión de Estados pertenecen al pasado. La propia Comisión ha dejado de utilizar esta distinción: en su proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (anexo de la resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000)[2] ya no figura la referencia a los «Estados de reciente independencia».

Francia

La sección 5, relativa a las «Reservas, aceptaciones de las reservas y objeciones a las reservas, y declaraciones interpretativas en caso de sucesión de Estados», es compleja y concierne, a la vez, a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional. A este respecto, la ausencia de una práctica suficientemente establecida que pueda servir de sustento a esas directrices hace particularmente difícil toda tentativa de sistematización en la materia, al tiempo que la sucesión de Estados no es objeto en derecho internacional de una normativa indiscutible. A título de ejemplo, cabe señalar que la práctica de los Estados respecto a la sucesión de Estados en materia de tratados, y en particular la práctica de Francia, pone de manifiesto que el principio de mantenimiento en vigor de los tratados en el caso de una separación de Estados, previsto en el artículo 34 de la Convención de Viena de 1978, no refleja el estado del derecho consuetudinario en este ámbito. Por el contrario, parece que los tratados solo siguen aplicándose entre el Estado sucesor y el otro Estado si estos así lo convienen de manera expresa o implícita. Si las consideraciones de seguridad jurídica y las exigencias del quehacer cotidiano de las relaciones internacionales llevan a favorecer, en la medida de lo posible, el

[1] Esta convención todavía no está en vigor.

[2] *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 47.

mantenimiento en vigor de los tratados suscritos con el Estado predecesor, resulta difícil ir más allá de una simple presunción refutable de continuidad en la sucesión.

Malasia

Véanse las observaciones formuladas anteriormente con respecto a la directriz 2.4.6.

Portugal

Portugal sigue teniendo dudas sobre si es adecuado abordar en la Guía de la Práctica la cuestión de las reservas a los tratados en el contexto de la sucesión de Estados. La Convención de Viena de 1978, que cuenta solamente con 22 Estados partes, aborda esta cuestión de manera superficial. Portugal reconoce plenamente la relevancia práctica de abordar la cuestión en la Guía de la Práctica. Sin embargo, no debe olvidarse que, en el marco de dicha Guía, la Comisión carece de mandato para acometer labores de desarrollo progresivo del derecho internacional.

Reino Unido

El Reino Unido considera que no existe suficiente práctica claramente establecida que puede servir de base a directrices que tienen por objeto enunciar el derecho internacional como es o como debería ser. El limitado número de casos a que se hace referencia en el comentario pone de manifiesto la falta de práctica en este ámbito. Por lo tanto, el Reino Unido no estima conveniente aplicar la Guía a la sucesión de los Estados y no cree que la omisión de la sección 5 tenga ningún tipo de efecto perjudicial sobre el conjunto de la labor. Por el contrario, el Reino Unido piensa que debería centrarse la atención en las secciones anteriores, las cuales representan el enfoque principal del tema y de los trabajos de la Comisión en este ámbito en los últimos 15 años.

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/640

Octavo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial*

[Original: inglés]
[14 de marzo de 2011]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		86
Obras citadas en el presente informe		86
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-7	87
Capítulo		
I. PRIMERA PARTE. INTRODUCCIÓN	8-25	88
Proyecto de artículo 1	8-13	88
Proyecto de artículo 2	14-24	89
Recomendación	25	91
II. SEGUNDA PARTE. EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL	26-72	91
Proyecto de artículo 4	26-28	91
Proyecto de artículo 5	29-31	92
Proyecto de artículo 6	32-35	92
Proyecto de artículo 7	36-38	93
Proyecto de artículo 8	39-41	94
Proyecto de artículo 9	42-44	94
Proyecto de artículo 13	45-49	95
Proyecto de artículo 14	50-51	96
Proyecto de artículo 15	52	96
Proyecto de artículo 16	53-58	96
Proyecto de artículo 19	59-60	97
Proyecto de artículo 20	61-63	98
Proyecto de artículo 21	64-67	98
Proyecto de artículo 24	68-71	99
Recomendación	72	100
III. TERCERA PARTE. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL	73-86	100
Proyecto de artículo 29	73	100
Proyecto de artículo 30	74-75	100
Proyecto de artículo 31	76-78	100
Proyecto de artículo 32	79	101
Proyecto de artículo 36	80	101

* El Relator Especial agradece la asistencia prestada en la elaboración del presente informe a Paolo Palchetti (profesor adjunto, Universidad de Macerata), Stefano Dorigo (doctor, Universidad de Pisa) e Ilia-Maria Siatitsa (magíster en derecho, Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra).

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
	Proyecto de artículo 37	81	101
	Proyecto de artículo 39	82-84	101
	Proyecto de artículo 41	85	102
	Recomendación	86	102
IV.	Cuarta parte. Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de una organización internacional	87-102	102
	Proyecto de artículo 44	87-89	102
	Proyecto de artículo 47	90	103
	Proyecto de artículo 48	91-92	103
	Proyecto de artículo 50	93-96	103
	Proyecto de artículo 51	97	104
	Proyecto de artículo 52	98-100	104
	Proyecto de artículo 56	101	104
	Recomendación	102	104
V.	Quinta parte. Responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de una organización internacional	103-113	105
	Proyecto de artículo 57	103	105
	Proyecto de artículo 58	104	105
	Proyecto de artículo 59	105	105
	Proyecto de artículo 60	106-108	105
	Proyecto de artículo 61	109-112	106
	Recomendación	113	107
VI.	Sexta parte. Disposiciones generales	114-122	107
	Proyecto de artículo 63	114-117	107
	Proyecto de artículo 65	118	108
	Proyecto de artículo 66	119-121	108
	Recomendación	122	108

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada de 2006 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea* C325, 29 de diciembre de 2006.

Obras citadas en el presente informe

Bell, Caitlin A.

«Reassessing multiple attribution: the International Law Commission and the *Behrami* and *Saramati* decision», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42 (primer trimestre de 2010), n.º 2, págs. 501 a 548.

Blokker, Niels

«Abuse of the members: questions concerning draft article 16 of the draft articles on responsibility of international organizations», *International Organizations Law Review*, vol. 7 (2010), págs. 35 a 48.

Dopagne, Frédéric

Les contre-mesures des organisations internationales, Lovaina, Anthemis, 2010.

Hoffmeister, Frank

«Litigating against the European Union and its member States: who responds under the ILC's draft articles on international responsibility of international organizations?», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3 (2010), págs. 723 a 747.

Laly-Chevalier, Caroline

«Les opérations militaires et civiles des Nations Unies et la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Belge de Droit International*, vol. XL, 2007-2, págs. 627 a 661.

Messineo, Francesco

«The House of Lords in *Al-Jedda* and Public International Law: Attribution of Conduct to UN-Authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights», *Netherlands International Law Review*, vol. 56, n.º 1 (mayo de 2009), págs. 35 a 62.

REINISCH, August

«Aid or assistance and direction and control between States and international organizations in the commission of internationally wrongful acts», *International Organizations Law Review*, vol. 7 (2010), págs. 63 a 77.

SICILIANOS, Linos-Alexandre

«L'(ir)responsabilité des forces multinationales?», en Laurence Boisson de Chazournes y Marcelo Kohen (eds.), *Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre.* Liber Amicorum *Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, págs. 95 a 126.

Introducción

1. El presente informe tiene por objeto ofrecer una visión de conjunto de las observaciones de los Estados y las organizaciones internacionales sobre el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, que fue aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional en su 61.º período de sesiones, en 2009[1]. En el párrafo 5 de su resolución 64/114, de 16 de diciembre de 2009, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia que tenía para la Comisión recibir antes del 1 de enero de 2011 los comentarios y observaciones de los gobiernos sobre el proyecto de artículos y los comentarios sobre el tema «Responsabilidad de las organizaciones internacionales», aprobados en primera lectura por la Comisión en su 61.º período de sesiones. En el párrafo 5 de la resolución 65/26, de 6 de diciembre de 2010, la Asamblea señaló una vez más a la atención de los gobiernos la importancia de que comunicaran a la Comisión, antes del 1 de enero de 2011, sus comentarios y observaciones. El Relator Especial manifiesta especialmente su agradecimiento a los Estados y organizaciones internacionales que presentaron sus observaciones escritas dentro del plazo establecido o poco tiempo después. Esa observancia del plazo le ha permitido tener preparado el presente informe el 4 de marzo de 2011 tal como se pedía para que el informe pudiera estar disponible en los seis idiomas oficiales al comenzar el 63.º período de sesiones de la Comisión, en 2011. El informe abarca globalmente todas las declaraciones y observaciones escritas formuladas hasta el 1 de febrero de 2011 en relación con los artículos en primera lectura y sus comentarios. Además, se han intentado tener en cuenta también las observaciones escritas recibidas durante el mes de febrero.

2. El presente informe se ocupa asimismo de algunos casos de práctica de los que se ha podido disponer una vez concluida la primera lectura del proyecto de artículos. Además, también se han tenido en cuenta las opiniones manifestadas en la creciente bibliografía sobre el tema.

3. La estructura general del proyecto de artículos, tal como fue aprobado en primera lectura, no ha sido criticada. Además, solamente se formuló una propuesta relativa al orden en que habían de presentarse los proyectos de artículos. Fue formulada por la OSCE y de ella se hicieron eco la OMS y un grupo de organizaciones. Según esa propuesta, que tenía por objeto hacer más hincapié en «el principio de la especialidad» en su aplicación a las organizaciones internacionales, la Comisión debería considerar la posibilidad de incluir el proyecto de artículo 63 (*Lex specialis*) en la primera parte (Introducción) del proyecto de artículos, en calidad de un nuevo proyecto de artículo 3[2]. Esta propuesta no tiene consecuencias para el fondo del proyecto de artículos, dado que el hecho de cambiar de lugar la disposición sobre la especialidad no afectaría a sus efectos jurídicos. La ubicación de esa disposición entre las «disposiciones generales», al final del proyecto de artículos, se basa en la idea de que lo primero que debe hacerse es establecer las normas que se aplican a las organizaciones internacionales de manera general y después hacer referencia a la posible existencia de diferentes normas para ciertas organizaciones, sobre todo por lo que respecta a sus relaciones con sus miembros. Tales normas pueden tener gran importancia práctica, pero no pueden recogerse en el proyecto de artículos, que puede aspirar únicamente a establecer las normas residuales. Además, la ubicación de la disposición sobre la *lex specialis* corresponde a la ubicación adoptada en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante, el proyecto sobre la responsabilidad del Estado)[3]; no parece que haya que modificar la mayor importancia que el principio de la especialidad puede tener respecto de las organizaciones internacionales.

4. Algunos temas frecuentes de carácter general aparecen en ciertas declaraciones y observaciones escritas. Uno de esos temas se refiere a la gran variedad de organizaciones internacionales. Por ejemplo, la Secretaría de las Naciones Unidas destacó la necesidad de tener en cuenta las «especificidades de las distintas organizaciones internacionales» y citó el siguiente pasaje de la opinión consultiva *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, de la CIJ:

> las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional que no gozan, a diferencia de los Estados, de competencias generales. Las organizaciones internacionales se rigen por el «principio de especialidad», es decir, están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado[4].

[1] El texto del proyecto de artículos aprobado en primera lectura y los correspondientes comentarios se reproducen *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 50 y 51.

[2] Documento A/CN.4/637 y Add.1, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el artículo 63. Las observaciones presentadas por la OMS se hicieron también en nombre de las siguientes organizaciones: FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO.

[3] El texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con sus comentarios figura en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31, párr. 77. El artículo 55 (*Lex specialis*) es el primero de la cuarta parte (Disposiciones generales).

[4] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 1 de las observaciones generales. El pasaje citado procede de *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 78, párr. 25. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 105. Véase asimismo *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 8 y 11 del comentario al proyecto de artículo 2.

La variedad de organizaciones internacionales constituye un hecho innegable que contribuye asimismo a explicar por qué algunos proyectos de artículos no ofrecen respuestas precisas a posibles interrogantes. Además, no cabe duda de que algunos proyectos de artículos son escasamente pertinentes para determinar las organizaciones. Por ejemplo, sería sumamente improbable que una organización técnica estuviera en condiciones de invocar determinadas circunstancias que impidieran que un hecho fuera ilícito. Los proyectos de artículos en cuestión se aplicarían a una organización únicamente si se reunieran las condiciones establecidas.

5. Otro tema frecuente se refiere a que el proyecto de artículos se basa excesivamente en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Los proyectos de artículos son ciertamente similares en lo concerniente a varias cuestiones sobre las que no hay una razón para establecer una distinción entre los Estados y las organizaciones internacionales. Esa conclusión se basa en un análisis específico y nunca en una presunción acrítica. Es de destacar que no se formularon observaciones específicas sobre la mayoría de los proyectos de artículos que se ajustaban estrictamente al proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Por otra parte, varios proyectos de artículos contienen importantes modificaciones con objeto de hacerse eco de la situación particular de las organizaciones internacionales. Además, en varios proyectos de artículos se abordan cuestiones que no figuran en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

6. Un tercer tema guarda relación con el hecho de que algunos proyectos de artículos se basan en una escasa práctica. Esto difícilmente podría atribuirse a la falta de esfuerzos por parte de la Comisión para conocer la práctica pertinente y tenerla en cuenta. Lamentablemente solo hay unos pocos casos de práctica no publicada de los que han dado conocimiento los Estados y las organizaciones internacionales a fin de facilitar el estudio de la Comisión. Cabe añadir que es significativo que las últimas publicaciones especializadas no hayan sacado a la luz elementos de la práctica pertinente que no tuvo en cuenta la Comisión. La práctica relativa a la responsabilidad de las organizaciones internacionales ciertamente parece ser escasa, habida cuenta en particular de la renuencia de la mayoría de las organizaciones a someter sus controversias con Estados u otras organizaciones a un método de solución encomendado a terceros. Si bien algunos proyectos de artículos se basan en una práctica reducida, ello no constituye una razón decisiva para omitir su texto. Una omisión no solo entrañaría una laguna en el proyecto de artículos, sino que afectaría al fondo de las normas propuestas. Por ejemplo, en caso de que un proyecto de artículo sobre el estado de necesidad se omitiese de los proyectos de artículos relativos a las circunstancias que excluyen la ilicitud, la consecuencia sería que una organización internacional nunca podría invocar el estado de necesidad a tal efecto.

7. Los seis capítulos siguientes corresponden a las seis partes del proyecto de artículos aprobado en primera lectura. Cada capítulo contiene un examen de los comentarios relativos a la parte pertinente e incluye las observaciones y sugerencias conexas formuladas a la Comisión. Estas se refieren a los proyectos de artículos y a sus comentarios, al tiempo que se piden las opiniones de los miembros de la Comisión. Para facilitar el debate, al final de cada capítulo hay un breve resumen de las propuestas formuladas respecto del texto de los proyectos de artículos que figuran en la parte pertinente. No se resume el gran número de modificaciones sugeridas en relación con los comentarios.

Capítulo I

Primera parte. Introducción

Proyecto de artículo 1

8. Al definir el alcance del proyecto de artículos, en el proyecto de artículo 1, párr. 1, se dispone que el proyecto de artículos «se aplica a la responsabilidad internacional de una organización internacional por un hecho que es ilícito en virtud del derecho internacional». A continuación el párrafo 2 agrega que «el presente proyecto de artículos se aplica también a la responsabilidad internacional de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional». Ese proyecto de artículo recoge el contenido del artículo 57 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, según el cual los artículos sobre la responsabilidad del Estado se entienden «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».

9. En consonancia con el proyecto de artículo 1, párr. 2, la quinta parte del actual proyecto únicamente se ocupa de la responsabilidad de un Estado en relación con el comportamiento de una organización internacional. Algunas cuestiones relacionadas con la responsabilidad de los Estados respecto de las organizaciones internacionales no se consideran, por lo menos expresamente, en el presente proyecto de artículos ni en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. La cuestión principal que se plantea es la de la invocación de la responsabilidad de un Estado por una organización internacional cuando la responsabilidad de un Estado no guarda relación con el comportamiento de una organización internacional: por ejemplo, cuando un Estado infringe una obligación impuesta por un tratado bilateral concertado con una organización internacional. Según un punto de vista, dado que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado únicamente considera la invocación de responsabilidad por un Estado, el actual proyecto de artículos debería colmar esa laguna. Según otra opinión, este asunto se enmarca dentro de la responsabilidad del Estado y no puede quedar abarcado por analogía; si se considerara que debería ser abordado expresamente, habría que modificar el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. En ese caso, el encabezamiento del artículo 42 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado debería, por ejemplo, modificarse para que, en lugar de decir «Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado», dijese «Un Estado o una

organización internacional tendrán derecho como Estado lesionado u organización internacional lesionada a invocar la responsabilidad de otro Estado». Cuando el asunto fue examinado en la Comisión, prevaleció la segunda opinión, que se recogió en el párrafo 10 del comentario del artículo 1. No obstante, se consideró útil recabar las opiniones de los Estados y organizaciones internacionales sobre ese asunto. Por consiguiente, en el informe de la Comisión sobre su 61.º período de sesiones, 2009, se indicó que

> [a]lgunas cuestiones relativas a la responsabilidad internacional entre Estados y organizaciones internacionales no se han regulado expresamente en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos […] ni en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

Se expusieron algunos ejemplos de esas cuestiones; y la Comisión pidió comentarios y observaciones de los gobiernos y organizaciones internacionales acerca del contexto en que deberían examinarse tales cuestiones[5].

10. La respuesta de los Estados no ha sido igual. En la Sexta Comisión de la Asamblea General, algunos Estados opinaron que las cuestiones sobre la responsabilidad de los Estados frente a las organizaciones internacionales deberían quedar abarcadas en el presente texto[6], en tanto que otros consideraron lo contrario[7]. La misma división de opiniones ha aparecido en las observaciones escritas presentadas ulteriormente por Estados[8].

11. La primera opinión ha sido defendida también por la OMS y un grupo de otras organizaciones en sus observaciones conjuntas. Tales organizaciones se referían a una presunta incongruencia que la Comisión habría cometido al examinar las cuestiones de la responsabilidad del Estado frente a las organizaciones internacionales. Sostenían que varios artículos se refieren a tales cuestiones de manera expresa o implícita[9]. No obstante, los artículos 57 a 61, que se mencionan en relación con esta cuestión, están dentro del ámbito definido en el proyecto de artículo 1, párr. 2, en tanto que el proyecto de artículo 32, párr. 2, y los proyectos de artículos 39 y 49, a los que también se refieren los comentarios, son todos ellos cláusulas de «sin perjuicio de» y, por consiguiente, no abarcan ninguna cuestión adicional.

12. La Comisión podría emprender un estudio sobre ciertas cuestiones que no han quedado expresamente reguladas en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado ni en el actual proyecto de artículos. Podría, pues, examinar dónde deberían ubicarse las disposiciones adicionales que pudiera sugerir. A tal efecto, dado que tales disposiciones adicionales no afectarían al contenido de los proyectos de artículos incluidos en el proyecto actual, el hecho de optar por un nuevo estudio no exigiría que la Comisión aplazara el examen del proyecto de artículos aprobado en primera lectura.

13. El Comité de Redacción tal vez desee tener en cuenta la sugerencia de Ghana de que el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 se redacte de nuevo en los términos siguientes: «El presente proyecto de artículos se aplica también a la responsabilidad internacional de un Estado por el hecho de una organización internacional que es ilícito en virtud del derecho internacional»[10]. Este texto reproduciría la redacción del párrafo 1. La expresión «hecho internacionalmente ilícito», que aparece en el proyecto de artículo 1 aprobado en primera lectura, se ha utilizado en los artículos 1 a 3 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

Proyecto de artículo 2

14. En lo tocante al proyecto de artículo 2 (Términos empleados) únicamente se formularon algunas observaciones en relación con la definición de «organización internacional» del apartado *a*. Dos Estados manifestaron su preferencia por definir las organizaciones internacionales como «organizaciones intergubernamentales»[11], según la definición que aparece tradicionalmente en las convenciones internacionales. En el comentario de la Comisión se expone la razón para intentar establecer en el presente proyecto de artículos una definición más detallada que tenga particularmente en cuenta el hecho de que «un número cada vez mayor de organizaciones internacionales cuentan entre sus miembros, además de Estados, entidades distintas de los Estados»[12].

15. Un Estado se preguntó si era necesario el nuevo requisito específico de estar «dotada de personalidad jurídica internacional propia», ya que «las organizaciones internacionales poseen personalidad jurídica internacional por el hecho de ser organizaciones de esa naturaleza»[13]. En la definición, la referencia a la existencia de una persona jurídica separada se explica por el hecho de que constituye una condición previa esencial para que dimane responsabilidad internacional para la organización internacional de que se trate. Además, parece preferible dejar abierta la cuestión de si todas las organizaciones internacionales poseen personalidad jurídica.

---

[5] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 27 y 28.

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión, declaraciones de Suiza (A/C.6/64/SR.16), párr. 2; México, ibíd., párr. 32; España, ibíd., párr. 82, y Malasia, 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 32.

[7] Esa fue la opinión de Belarús, ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 35; Italia, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 17; los Países Bajos, ibíd., párr. 55; Grecia, ibíd., párrs. 60 y 61, y Ghana, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 9. Véase también la declaración de Francia, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 68.

[8] Austria manifestó preocupación por la laguna resultante (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones generales). La primera opinión fue defendida por Portugal (ibíd., párr. 2 de las observaciones generales) y Alemania manifestó la opinión contraria (ibíd., observaciones al artículo 1).

[9] Documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 1.

[10] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 9 *in fine*.

[11] China, ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 43 y Cuba (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 2).

[12] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 3 del comentario al artículo 2. La OIT «respalda plenamente la idea de no utilizar las palabras "organización intergubernamental"»; por otra parte, la OIT considera que el hecho de agregar las palabras «otras entidades» en el proyecto de artículo «no parece agregar un elemento significativo a lo que ya queda abarcado por la primera parte de la definición, que parece ser suficientemente amplia para incluir la posibilidad de que sean miembros entidades distintas de los Estados» (documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 1 de las observaciones al artículo 2).

[13] Austria (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 2).

16. En el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 2 sería preferible especificar que es controvertida la actual condición jurídica de la OSCE. La propia OSCE manifestó en una observación escrita que «no existe un consenso entre los Estados de la OSCE en el sentido de que esta debe cumplir una de las dos condiciones indicadas: si la OSCE posee su propia persona jurídica o si los instrumentos constitutivos de la OSCE (en primer lugar, el Acta Final de Helsinki y la Carta de París para una Nueva Europa) se rigen por el derecho internacional»[14].

17. La utilización del plural «Estados» en el apartado *a* no significa que una organización internacional incluida en la definición pueda ser establecida únicamente por una pluralidad de Estados. En el comentario se podría precisar, tal como sugiere la Secretaría, que «un (único) Estado y una organización internacional pueden, mediante acuerdo, establecer una organización internacional» y se pondrían como ejemplos el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal Especial para el Líbano[15].

18. En lo concerniente a la definición de las «reglas de la organización» en el apartado *b* del proyecto de artículo 2 y, más en concreto, la parte de la definición que se refiere a «otros actos de la organización», un Estado acogió favorablemente esa referencia, «habida cuenta de la gran variedad de actos que integran esas reglas»[16]. Otro Estado dijo que en el comentario «se debería aclarar con más detalle la sustancia, forma y naturaleza de esos "otros actos"» y cuestionó «la afirmación sin reservas de que las reglas de una organización pueden incluir acuerdos celebrados por la organización con terceros y resoluciones judiciales o arbitrales vinculantes para la organización»[17]. No obstante, cabe señalar que la afirmación del comentario ya queda delimitada por la palabra «pueden». Es difícil prever una definición detallada que englobe a un gran número de organizaciones internacionales. Eso se aplica también a la inclusión de «una jerarquía de reglas de la organización», tal como deseaban la OMS y un grupo de otras organizaciones en sus observaciones conjuntas[18]. La Secretaría cuestionó «la amplia definición de "reglas de la organización", que incluye instrumentos que van mucho más allá de los instrumentos constitutivos de la organización»[19]. Por otra parte, la OTAN señaló en sus observaciones que la propia OTAN constituía un ejemplo de organización en la que «la norma interna fundamental que rige el funcionamiento de la organización —la adopción de decisiones por consenso— no figura en los tratados constitutivos de la OTAN ni en otras normas oficiales, sino que es el resultado de la práctica de la organización»[20]. La UE constituye un ejemplo de la inclusión en las reglas de la organización de los acuerdos concertados por la organización y de los fallos judiciales.

19. Según la Secretaría de las Naciones Unidas, en la definición de «reglas de la organización» se debería también dejar claro que una violación de las reglas de la organización entraña la responsabilidad de esta, no por la violación de la «regla» en sí, sino por la violación de la obligación de derecho internacional que contiene[21]. Esta distinción entre las reglas de la organización se realiza posteriormente en el proyecto de artículos, a saber, en el proyecto de artículo 9, que parece ser el lugar apropiado, dado que se ocupa de la «existencia de violación de una obligación internacional». La definición más amplia de las reglas de la organización se justifica por el hecho de que, en el proyecto de artículos, las reglas de la organización desempeñan un papel que no se limita al de determinar cuándo existe una violación de una obligación con arreglo al derecho internacional. Las reglas de la organización son, por ejemplo, pertinentes para determinar quién tiene competencia para manifestar el consentimiento de la organización o formular una reclamación en nombre de la organización.

20. Si bien el apartado *c* del proyecto de artículo 2 contiene una definición de «agente», el proyecto de artículos no incluye una definición de «órgano». La OCDE, el Banco Mundial, la Secretaría de las Naciones Unidas y Bélgica propusieron en sus observaciones que se incluyera una definición[22]. Ello tendría la ventaja de aclarar la relación entre los órganos y los agentes en el proyecto de artículos. El lugar apropiado para la definición de «órgano» sería un nuevo apartado *c*. El proyecto sobre la responsabilidad del Estado no incluye una disposición sobre los términos empleados, pero en el artículo 4, párr. 2, figura el siguiente texto en relación con el significado de órgano de un Estado: [U]n órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado». En el presente proyecto de artículos podría figurar una definición en esos términos. La Secretaría sugirió el texto siguiente: «toda entidad que tenga esa condición de conformidad con las reglas de la organización»[23]. Utilizando el mismo criterio, el apartado podría estar redactado así:

> «*c*) se entiende por «órgano de una organización internacional» toda persona o entidad que tenga esa condición de conformidad con las reglas de la organización.»

Esta propuesta tiene en cuenta la sugerencia del Banco Mundial de reemplazar la palabra «comprende» del artículo 2 por las palabras «se entiende por»[24]. Aunque son diversos los enfoques que existen respecto de la definición de órgano en los instrumentos constitutivos y otras reglas de las organizaciones internacionales, parece preferible no superponer un concepto de órgano que no tenga

---

[14] Documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 2. Los dos mismos interrogantes fueron manifestados en una declaración de la Federación de Rusia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 7 y Austria (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 2).

[15] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 1 de las observaciones al artículo 2.

[16] Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 37.

[17] Federación de Rusia, ibíd., párr. 6.

[18] Documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 2, nota.

[19] Ibíd., párr. 3 de las observaciones al artículo 2.

[20] Ibíd., observaciones al artículo 63.

[21] Ibíd., párr. 6 de las observaciones al artículo 2.

[22] Ibíd., observaciones al artículo 5 (OCDE), al artículo 2 (Banco Mundial), párr. 11 de las observaciones al artículo 2 (Naciones Unidas), y documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 2 (Bélgica).

[23] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 12 de las observaciones al artículo 2.

[24] Ibíd., apdo. *b* de las observaciones al artículo 2.

su equivalente en las reglas de la organización de que se trate. Además, ello pone de manifiesto la escasa importancia que tiene la distinción entre órganos y agentes en el proyecto de artículos.

21. Si se aceptara la propuesta de incluir la definición de «órgano» en el proyecto de artículo 2, la definición de «agente» tendría que ser trasladada a un nuevo apartado *d*. Según el proyecto de artículo 2, apdo. *c*, «[e]l término "agente" comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa». Dos Estados y la OIT deseaban complementar esa definición especificando que la persona o entidad de que se trate ha sido «encargada por un órgano de la organización de desempeñar o ayudar a desempeñar alguna de sus funciones»[25]. Ello se ajustaría más a la redacción de la opinión consultiva *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* de la CIJ[26]. Aunque la mayoría de los miembros de la Comisión manifestaron que preferían una versión más breve después de haber examinado una propuesta similar que el Relator Especial había formulado en su séptimo informe[27], cabría reconsiderar la cuestión. Una posible solución intermedia consistiría en omitir las palabras «un órgano de» en la adición sugerida. La omisión se justificaría por la gran diversidad de enfoques existentes respecto de la utilización de la palabra «órgano» en las reglas de las diferentes organizaciones.

22. La propuesta formulada al final del párrafo anterior parecería tener en cuenta algunas de las preocupaciones de la Secretaría, en el sentido de que «la definición de «agente» en el proyecto de artículos debería, cuando menos, diferenciar entre quienes desempeñan las funciones de una organización internacional y quienes no desempeñan tales funciones»[28]. Además, la Secretaría destacó la importancia de otros factores, como la condición de la persona o la entidad o la relación y el grado de control que existe entre la organización y dicha persona o entidad (párr. 12). Cabe considerar que tales elementos están implícitos en el requisito de que los agentes de una organización internacional han de ser «personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa». Podría ser útil desarrollar este aspecto en el comentario.

23. El Banco Mundial y la OIT destacaron que la utilización de la palabra «comprende» en lugar de las palabras «se entiende por» en la definición de agente no resultaba apropiada, dado que esa definición también contenía una referencia a «otras personas o entidades»[29]. La utilización de la palabra «comprende» estaría justificada si la definición de agente contuviera una referencia a las reglas de la organización. En ese caso, la palabra «comprende» indicaría que, tal como se señala en los párrafos 8 y 10 del comentario del proyecto de artículo 5, en casos excepcionales podría considerarse agente a una persona o entidad aun cuando no tuviera esa consideración según las reglas de la organización. Dado que la definición de «agente», a diferencia de la de «órgano» que se propone en el párrafo 20 *supra*, no contiene una referencia a las reglas de la organización, no parece apropiada la sugerencia que se hace de que se sustituya la palabra «comprende» por las palabras «se entiende por».

24. Si se mantuviera la idea de incluir la definición de «órgano», sería preferible evitar una superposición innecesaria entre las categorías de órganos y agentes. Esto podría lograrse dejando claro que únicamente las personas y entidades distintas de los órganos de una organización internacional pueden ser consideradas agentes de esa organización. La definición podría redactarse de nuevo de la manera siguiente:

> «*d*) se entiende por «agente» el funcionario u otra persona o entidad, distinta de un órgano, por medio de la cual la organización actúa y está encargada por la organización de desempeñar o contribuir a desempeñar alguna de sus funciones.»

Recomendación

25. Por último, se formulan las siguientes propuestas en relación con la primera parte: debería incluirse un nuevo apartado *c*, relativo a la definición de «órgano», en el proyecto de artículo 2, tal como se sugiere en el párrafo 20 *supra*, y el actual apartado *c*, redactado de nuevo según la propuesta formulada en el párrafo 24, debería pasar a ser el apartado *d*.

[25] Portugal, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 44 y documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 2; Austria, ibíd., párr. 3 de las observaciones al artículo 2, y la OIT (documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 2 de las observaciones al artículo 2). Bélgica formuló una propuesta diferente a los efectos de redactar de nuevo el actual apartado *c* (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 3 de las observaciones al artículo 2).

[26] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 177.

[27] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/610, párr. 23.

[28] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 13 de las observaciones al artículo 2.

[29] Ibíd., observaciones al artículo 2.

Capítulo II

Segunda parte. El hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional

Proyecto de artículo 4

26. Un Estado deseaba que el daño se incluyese dentro de los elementos de un hecho internacionalmente ilícito, según lo dispuesto en el proyecto de artículo 4[30]. Esta cuestión fue examinada en relación con la responsabilidad del Estado. Entonces se consideró que el requisito del daño «depende del contenido de la obligación primaria, y no existe ninguna regla general al respecto»[31]. La necesidad de coherencia entre los instrumentos sobre la responsabilidad

[30] Cuba, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 4.

[31] Véase *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 36, párr. 9 del comentario al artículo 2.

internacional preparados por la Comisión muestra que debería adoptarse el mismo enfoque en relación con la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

27. Otro Estado pidió una aclaración respecto de la afirmación del comentario de que «la responsabilidad de una organización internacional también puede existir, en determinados casos, cuando el comportamiento no es atribuible a esa organización internacional»[32]. Esto puede ocurrir no solo, tal como señalaba ese Estado, cuando «una organización internacional ha asumido expresamente (por ejemplo, mediante la cláusula de un tratado) esa responsabilidad»[33], sino también cuando es responsable una organización internacional, de conformidad con el capítulo IV de la segunda parte, en relación con el hecho de un Estado u otra organización internacional.

28. El hecho de que el proyecto de artículo 4 se refiera al derecho internacional a los efectos de determinar cuándo un hecho es atribuible a una organización internacional fue considerado ambiguo por un Estado, ya que el derecho internacional «es poco claro en el tema»[34]. La referencia al derecho internacional en el proyecto de artículo 4 ha de evaluarse en su contexto. En los proyectos de artículos 5 a 8 se ha intentado aclarar cuáles son las normas de derecho internacional en materia de atribución.

Proyecto de artículo 5

29. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 5 se dispone que «las reglas de la organización se aplicarán para la determinación de las funciones de sus órganos y agentes». En general, un agente habrá «actuado siguiendo las instrucciones y bajo el control de la organización en cuestión», tal como el Banco Mundial deseaba que se especificara en el texto[35]. No obstante, cuando una organización internacional confiriese funciones a un agente sin darle instrucciones ni ejercer un control, la organización seguiría actuando a través del agente y no estaría exenta de que se le atribuyera el comportamiento del agente. Esa misma conclusión se aplica al caso, referido por un Estado, de las «entidades semiautónomas creadas por organizaciones a las que estas atribuyen considerables facultades pero cuyo comportamiento no pueden controlar, al menos de manera "efectiva"»[36].

30. Otro Estado deseaba que el «comportamiento privado» se incluyera en el proyecto de artículo 6. Esa propuesta se refiere a la atribución de un comportamiento de un particular «que actúe bajo el control efectivo de una organización y ejerza sus funciones»[37]. Esas personas parecerían estar incluidas en la definición de agente. Por ello, su comportamiento se atribuiría a la organización internacional de conformidad con el proyecto de artículo 5, tal como se explica en el párrafo 10 del comentario de ese proyecto de artículo. El proyecto de artículo 6 resulta menos apropiado para ubicar una norma sobre la atribución del comportamiento de particulares, dado que se refiere al comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional.

31. Por otra parte, los países nórdicos deseaban que en el comentario se aclarara que los «expertos civiles o militares, asesores, u otro personal» adscritos a una organización internacional estuvieran «dentro de la norma general contenida en el proyecto de artículo 5» y no dentro del proyecto de artículo 6[38]. En el párrafo 1 del comentario del proyecto de artículo 6 se señala que, cuando un órgano queda «plenamente adscrito» a una organización, «el comportamiento del órgano sería claramente atribuible solo a la organización receptora»[39]. En el comentario del proyecto de artículo 5 también podría hacerse la misma precisión.

Proyecto de artículo 6

32. Se manifestaron diversas opiniones en relación con el proyecto de artículo 6 y, en particular, en relación con el «control efectivo» del comportamiento del órgano de un Estado o una organización internacional puestos a disposición de otra organización internacional como criterio para la atribución de un comportamiento a esta última. Austria deseaba «añadir a este criterio [de control] el ejercicio de las funciones de la organización»[40]. Este criterio adicional puede considerarse implícito, pero podría consignarse expresamente en el comentario.

33. Grecia manifestó la opinión de que, de conformidad con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Behrami et Behrami c. France* y *Saramati c. France, Allemagne et Norvège*[41], «el

---

[32] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones generales al capítulo I de la segunda parte, refiriéndose al párrafo 2 del comentario introductorio al capítulo II.

[33] *Ibíd*., párr. 3.

[34] México, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 30, que afirmó asimismo que el «elemento clave en temas de atribución de responsabilidad a las organizaciones internacionales, sobre todo en aquellas circunstancias en las que el instrumento constitutivo de la organización en cuestión no lo defina expresamente, sigue siendo el del control efectivo de los actos».

[35] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 1 de las observaciones al artículo 5.

[36] Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 37, que propugnaba una solución diferente.

[37] Austria, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 6.

[38] Dinamarca en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 26.

[39] Este párrafo parece tener presente la crítica manifestada por la OIT respecto del proyecto de artículo 6 en lo concerniente a la necesidad de tener en cuenta las «modalidades en el derecho que rige las administraciones públicas internacionales, según las cuales los funcionarios nacionales son puestos a disposición de las organizaciones internacionales» (documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 6).

[40] Documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 1 de las observaciones al artículo 6.

[41] Decisión (Gran Sala) de 2 de mayo de 2007 sobre la admisibilidad de las demandas n.os 71412/01 y 78166/01, párrs. 29 a 33. Esta sentencia fue examinada en el párrafo 9 del comentario al proyecto de artículo 6. A la lista de estudios del comentario en los que se critica la aplicación por el Tribunal Europeo del criterio del control efectivo (nota 104), cabe agregar los siguientes: Bell, «Reassessing multiple attribution: the International Law Commission and the *Behrami* and *Saramati* decision», pág. 501; Laly-Chevalier, «Les opérations militaires et civiles des Nations Unies et la Convention européenne des droits de l'homme», págs. 642 a 644; Messineo, «The House of Lords in *Al-Jedda* and Public International Law: Attribution of Conduct to

comportamiento debe atribuirse a la organización internacional que ejerce el control en última instancia y no al Estado que ejerce el control operacional»[42]. Por otra parte, el Reino Unido observó que en la sentencia del Tribunal Europeo «[d]ado que [...] no se criticó el criterio del control efectivo, no es necesario introducir modificaciones en el proyecto de artículo 6»[43]. Los países nórdicos «están de acuerdo con la opinión expresada en el comentario del artículo 6 en el sentido de que la responsabilidad internacional de una organización internacional debe estar limitada al ámbito de control operacional efectivo, y no determinarse simplemente de acuerdo con el criterio de la autoridad y el control finales»[44]. Alemania hizo suya la opinión expresada en el párrafo 5 del comentario introductorio de la Comisión al capítulo II de que «el comportamiento de las fuerzas militares de Estados o de organizaciones internacionales no es atribuible a las Naciones Unidas cuando el Consejo de Seguridad autoriza a Estados o a organizaciones internacionales a tomar medidas fuera de la jerarquía de mando que vincula esas fuerzas con las Naciones Unidas»[45]. La misma conclusión se expresó en las observaciones detalladas de la Secretaría en las que se examinaba la práctica de las Naciones Unidas[46].

34. Con el fin de resolver el problema de dónde radica el control efectivo, es necesario tener en cuenta las «circunstancias de hecho y el contexto particular en que operan las organizaciones internacionales y sus miembros», tal como destacó el Reino Unido en una declaración[47]. De ello se infiere que, en lo concerniente a una fuerza de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz, si bien en principio el comportamiento de la fuerza debe atribuirse a las Naciones Unidas, el control efectivo de un determinado comportamiento puede corresponder al Estado que aporta la fuerza y no a las Naciones Unidas. Un ejemplo extraído de la práctica que mostraba este mismo criterio fue facilitado recientemente en un fallo del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, de 8 de diciembre de 2010, en el que se consideraba que la decisión del comandante del contingente belga de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Rwanda (UNAMIR) de abandonar en abril de 1994 un campamento de refugiados de hecho en Kigali había sido «adoptada bajo la égida de Bélgica y no de la UNAMIR»[48].

35. La Secretaría recordó que era muy probable que, por distintos motivos, fundamentalmente políticos, se mantuviera la práctica de las Naciones Unidas de aplicar el principio de responsabilidad de las Naciones Unidas frente a terceros en relación con las operaciones de mantenimiento de la paz. No obstante, la Secretaría apoyaba «la inclusión del proyecto de artículo 6 como principio rector general para la delimitación de responsabilidades entre las Naciones Unidas y sus Estados Miembros respecto de los órganos o agentes puestos a disposición de la Organización, que podría aplicarse también a las actividades de esta en otros contextos»[49].

Proyecto de artículo 7

36. Según el proyecto de artículo 7, los hechos *ultra vires* son atribuibles a una organización internacional en condiciones similares a las que se aplican a los Estados con arreglo al artículo 7 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Un Estado manifestó dudas sobre este criterio[50]. También fue criticado por la OMS y un grupo de otras organizaciones internacionales[51], quienes señalaron que «las reglas y prácticas establecidas aplicables a las prerrogativas e inmunidades de las organizaciones internacionales y sus agentes pueden servir para comprobar el carácter de los hechos en cuestión»[52]. No obstante, esas reglas regulan una cuestión diferente. Tal vez haya alguna razón para no hacer extensivas las inmunidades a los hechos *ultra vires* que no sea la de mantenerlas dentro de los límites de las funciones que se admite que desempeña una organización en el territorio del Estado que otorga la inmunidad. No se da necesariamente la misma razón cuando la responsabilidad internacional de la organización se invoca respecto de un hecho ilícito.

37. La Secretaría sostenía que «[h]ay ejemplos de práctica que sugieren que cuando un órgano o agente considerado como tal por la Organización actúa a título oficial y dentro de las funciones generales de la Organización, pero fuera de su ámbito de competencia, tal acto puede no obstante considerarse un acto de la Organización»[53]. Lamentablemente no se facilitaron ejemplos de esa práctica. La Secretaría indicó que la atribución a las Naciones Unidas «solo puede darse cuando un órgano o agente "actúe a título oficial y dentro de las funciones generales de la organización"»[54]. La afirmación de que el órgano o agente actúa en el ejercicio de sus funciones oficiales figura implícitamente en el texto del proyecto de artículo 7 y expresamente en el párrafo 4 del comentario. Cabría añadir una referencia a las «funciones generales de la organización».

38. La Secretaría también destacó que el dictamen de 1986 citado por la Comisión en el párrafo 9 del comentario «no refleja la práctica uniforme de la Organización»[55].

UN-Authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights», págs. 39 a 43; y Sicilianos, «L'(ir)responsabilité des forces multinationales?», págs. 98 a 106.

[42] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 58.

[43] Ibíd., párr. 23.

[44] Dinamarca, en nombre de los países nórdicos ((Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 27. Bélgica expresó una opinión similar (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 6).

[45] Documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 1 de las observaciones introductorias al capítulo II de la segunda parte.

[46] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párrs. 2 a 10 de las observaciones al artículo 2.

[47] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 23. No está claro por qué esta parte de la declaración pretendía ser una crítica del criterio adoptado por la Comisión.

[48] *Mukeshimana-Ngulinzira et autres c. État Belge*, párr. 38, inédito.

[49] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 6 de las observaciones al artículo 6.

[50] La Federación de Rusia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 8.

[51] Véase la nota 2 *supra*.

[52] Documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 7.

[53] Ibíd., párr. 2 de las observaciones al artículo 7.

[54] Ibíd., párr 5.

[55] Ibíd., párr. 4 de las observaciones al artículo 7.

No obstante, la Secretaría solo citó un ejemplo: una opinión de la Oficina de Asuntos Jurídicos, de 1974, en la que se señalaba que «puede haber situaciones relacionadas con actos realizados fuera de servicio por miembros de la Fuerza en que las Naciones Unidas puedan considerar que se genera su responsabilidad»[56]. Este pasaje debería incluirse en el comentario.

Proyecto de artículo 8

39. En lo tocante al proyecto de artículo 8, relativo al comportamiento que una organización internacional reconoce y adopta como propio, un Estado sugirió que en el comentario se mencionase el comportamiento de hecho de un funcionario cuyas funciones se hubieran dejado en suspenso o cuyo nombramiento hubiera sido rescindido[57]. Puede darse ese caso cuando una organización desea reconocer su responsabilidad. No obstante, parece preferible no intentar establecer en el comentario una tipología de casos en que el reconocimiento de la responsabilidad se considerara apropiado.

40. La Secretaría deseaba algunas aclaraciones sobre «la forma del reconocimiento y sobre si el acto de reconocimiento debe hacerse con pleno conocimiento del carácter ilícito del comportamiento y de las consecuencias jurídicas y financieras de tal reconocimiento»[58]. Estas serían precauciones acertadas que una organización debería adoptar, aunque no cabe considerarlas requisitos para el reconocimiento válido de la atribución de un comportamiento. La forma del reconocimiento depende de las circunstancias concretas del caso y no puede definirse con precisión. Además, no parecería apropiado formular algunas observaciones generales sobre «la cuestión de la competencia de la organización o de sus agentes u órganos para reconocer o adoptar el comportamiento en cuestión»[59]. Estas son cuestiones que parecerían abarcadas por las reglas de la organización de que se trate.

41. La Comisión Europea consideró que el ejemplo expuesto en el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 8 estaba «fuera de lugar». El ejemplo se refería a una declaración formulada por la Comunidad Europea en el sentido de que esta estaba «dispuesta a asumir plenamente la responsabilidad internacional por todas las medidas adoptadas en materia de concesiones arancelarias independientemente de que la medida impugnada hubiese sido adoptada a nivel de la Comunidad Europea o a nivel de sus Estados miembros». La Comisión Europea destacó que la base de esa declaración era el hecho de que la Comunidad Europea «era exclusivamente competente sobre el tema y, por consiguiente, era la única entidad en condiciones de reparar la posible infracción»[60]. Esta observación deja abierta la cuestión de si se produjo de hecho un reconocimiento de la atribución de un comportamiento. El reconocimiento de la atribución de un comportamiento estaría en consonancia con la posición frecuentemente adoptada por la Comisión Europea, tal como figura en las observaciones sobre el proyecto de artículo 63.

Proyecto de artículo 9

42. Dos Estados hicieron expresamente suya la redacción del proyecto de artículo 9, párr. 2, según la cual la violación de una obligación internacional por una organización internacional «incluye la violación de una obligación internacional que resulte de las reglas de la organización»[61]. Tal como se señalaba en el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 9, «la importancia práctica de las obligaciones contraídas en virtud de las reglas de la organización hace que sea preferible disipar cualquier duda de que los presentes artículos también se aplican a las violaciones de esas obligaciones». El Banco Mundial sostenía que «el mantenimiento del párrafo 2 puede dar lugar erróneamente a la conclusión carente de fundamento (expresamente denegada en el comentario de la Comisión) de que la violación de una regla de la organización es necesariamente una violación de una obligación internacional»[62]. Por otra parte, aunque solicitaba aclaraciones en el comentario, la Secretaría destacó acertadamente que «únicamente las violaciones de las obligaciones de derecho internacional contenidas en las reglas, y no las violaciones de las reglas entre sí, se considerarían violaciones de una obligación internacional en el sentido del proyecto de artículo 9»[63].

43. La Comisión Europea extrajo de su observación de que el derecho de la UE estaba «separado del derecho internacional»[64] la conclusión de que «la relación entre la UE y sus Estados miembros no se rige por los principios del derecho internacional, sino por el derecho de la UE como fuente independiente de derecho»[65]. Eso parece ser excesivo. Aunque no cabe duda de que hay normas de derecho internacional que, en virtud del derecho de la UE, no se aplican a la relación entre esta y sus miembros, la aplicación del derecho internacional no está totalmente excluida ni siquiera en los ámbitos abarcados por el derecho de la UE[66].

44. Además, la Comisión Europea cuestionó la pertinencia de la referencia a una sentencia del Tribunal de

[56] Ibíd., párr 5.

[57] El Salvador, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 8.

[58] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 1 de las observaciones al artículo 8.

[59] Ibíd.

[60] Ibíd., observaciones al artículo 8.

[61] Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 38) y Portugal, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 9).

[62] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 2 de las observaciones al artículo 9.

[63] Ibíd., párr. 3 de las observaciones al artículo 9.

[64] Ibíd., párr. 1 de las observaciones al artículo 4.

[65] Ibíd., párr. 4. Aunque esta observación se formuló en relación con el proyecto de artículo 4, el proyecto de artículo 9, en el que se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de las reglas de la organización, parece ser el contexto más apropiado para examinarla.

[66] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea destacó, por ejemplo, en el asunto *van Duyn c. Home Office* que seguían aplicándose ciertos principios del derecho internacional a las relaciones entre los Estados miembros en beneficio de la libre circulación de sus nacionales dentro de la CE. Sentencia de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, *Recopilación de jurisprudencia 1974*, párr. 22. El Tribunal dijo que «un principio de derecho internacional, respecto al cual no cabe suponer que el Tratado CEE no lo haya tenido en cuenta en las relaciones entre los Estados miembros, se opone a que un Estado niegue a sus propios nacionales el derecho de entrada o de residencia en su territorio».

Justicia de la Unión Europea en el párrafo 9 *in fine* del comentario del proyecto de artículo 9[67]. Se deberían agregar explicaciones de la razón por la que se cita aquí ese texto. No obstante, dado que mismo pasaje aparece también en el comentario del el proyecto de artículo 47 y la razón de la referencia está más clara ahí, parece preferible suprimir la referencia en el comentario del proyecto de artículo 9.

Proyecto de artículo 13

45. El comentario del proyecto de artículo 13, relativo a la ayuda o asistencia por una organización internacional en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, es muy breve y claramente necesita ser complementado. Podrían reproducirse en él varios elementos que se incluyeron en el comentario del artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, aunque puede ser considerado incoherente desde una perspectiva normativa[68], un criterio *de minimis* permitiría exonerar de responsabilidad cuando la contribución de una organización internacional fuera insignificante. Como se indicaba en el comentario del artículo 16: «No se exige que la ayuda o asistencia hayan sido esenciales para la comisión del hecho internacionalmente ilícito; es suficiente que hayan contribuido significativamente a ese hecho»[69].

46. Otra aclaración que podría hacerse en el comentario del proyecto de artículo 13 se refiere al requisito del apartado *a* de «conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito». En el comentario del artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado se indicaba:

> Un Estado que presta asistencia o ayuda material o financiera [...] no asume normalmente el riesgo de que su asistencia o ayuda pueda ser utilizada para cometer un hecho internacionalmente ilícito. Si el Estado que presta la asistencia o la ayuda no está al corriente de las circunstancias en que el otro Estado se propone utilizar su ayuda o asistencia, no incurre en responsabilidad internacional[70].

Cabe señalar que una organización internacional que contribuya financieramente a un proyecto emprendido por un Estado normalmente no sería responsable del modo en que se gestiona el proyecto. No obstante, la organización podría ser consciente de las repercusiones que la ejecución de cierto proyecto tendría para los derechos humanos, incluido el derecho a la vida, de las personas afectadas. Esa cuestión se ha suscitado, por ejemplo, en relación con la observancia de las políticas operacionales del Banco Mundial[71].

47. En ese contexto, debe hacerse referencia a un documento interno publicado el 12 de octubre de 2009 por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas. Se refería al apoyo proporcionado por la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) a las Fuerzas Armadas de la República Democrática del Congo (FARDC) y al riesgo de que, según se había indicado en un memorando interno, dichas fuerzas violasen el derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos y el derecho de los refugiados. El Asesor Jurídico escribió lo siguiente:

> Si la MONUC tiene razones para creer que hay unidades de las FARDC que están violando alguno de esos instrumentos normativos y si, pese a la intercesión de la MONUC ante las FARDC y el Gobierno de la República Democrática del Congo, la MONUC tiene razones para considerar que se siguen cometiendo tales violaciones, en ese caso la MONUC puede no seguir respaldando legalmente esa operación, sino que, por el contrario, ha de cesar por completo su participación en ella. [...] La MONUC puede no proporcionar legalmente apoyo logístico o «de servicios» a ninguna operación de las FARDC si tiene razones para considerar que unidades de las FARDC participaron en la violación de cualquiera de esos instrumentos normativos. [...] Ello dimana directamente de las obligaciones contraídas por la Organización con arreglo al derecho internacional consuetudinario y de la obligación que impone la Carta de respaldar, promover y alentar el respeto de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de los refugiados[72].

48. La Secretaría solicitó a la Comisión que especificara en su comentario del proyecto de artículo 13 que «el conocimiento de las *circunstancias del hecho ilícito* debe interpretarse en el sentido de que incluye el conocimiento de la *ilicitud del hecho*»[73]. Dado que en el apartado *b* se requiere, para que incurra en responsabilidad una organización internacional que presta asistencia, que «el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización», no parece justificado un requisito adicional de conocimiento de la ilicitud del hecho.

49. Aunque del texto del artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado no se infiere que la responsabilidad surge únicamente cuando el órgano competente del Estado tuviere intención, mediante la ayuda o asistencia prestada, de facilitar la comisión del hecho ilícito, esa es la opinión expresada en el comentario conexo[74]. En lo tocante al proyecto de artículo 13, la Comisión Europea manifestó que «en el comentario debe agregarse algún elemento limitativo (propósito) en consonancia con los comentarios del proyecto sobre la responsabilidad del Estado»[75]. Además, la Secretaría sugirió que en el comentario se especificase que «la asistencia debe tener por objeto el hecho ilícito»[76]. Por otra parte, Cuba propuso que no se hiciera referencia a la intención y que, en lo tocante al desarrollo progresivo, se estableciera una presunción del conocimiento de las circunstancias[77]. Habida

---

[67] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 3 de las observaciones al artículo 9.

[68] Esto afirmaba Reinisch, «Aid or assistance and direction and control between States and international organizations in the commission of internationally wrongful acts», págs. 71 y 72.

[69] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 5 del comentario al artículo 16.

[70] Ibíd., párr. 4. El Banco Mundial insistió en la necesidad de reproducir esta idea en el comentario del proyecto de artículo 13, documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 13.

[71] Uno de esos casos se refería al proyecto de gasoducto de África Occidental y a sus efectos para las personas sometidas a un reasentamiento involuntario.

[72] Los documentos fueron publicados en el *New York Times*, 9 de diciembre de 2009.

[73] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 6 de las observaciones al artículo 13.

[74] Véase la nota 69 *supra*.

[75] Ibíd., observaciones al artículo 13.

[76] Ibíd., párr. 7 de las observaciones al artículo 13. Se indicaba lo mismo en las observaciones de Suiza al mismo artículo, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2.

[77] Documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 1 de las observaciones al artículo 13. Desde la perspectiva del desarrollo progresivo, Cuba propuso asimismo la supresión del requisito del apartado *b* de que el hecho fuera internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización que prestaba la ayuda o asistencia. Ambas propuestas relativas al desarrollo progresivo ampliarían la responsabilidad de una organización

cuenta de esas observaciones divergentes y de la dificultad de conciliar el requisito de la intención con el texto de la disposición, parece preferible no incluir en el comentario del proyecto de artículo 13 un examen de la pertinencia de la intención por parte de la organización que presta ayuda o asistencia.

Proyecto de artículo 14

50. También debería desarrollarse el comentario del proyecto de artículo 14. Este proyecto de artículo se refiere a la dirección y el control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito. Por ello, tal como sugirió el Banco Mundial[78], cabe incluir la observación de que el control «se refiere a los casos de dominación sobre la comisión de un hecho ilícito y no simplemente al ejercicio de supervisión», tal como se señalaba en el comentario al artículo 17 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[79].

51. En el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 14 se señala que puede existir una coincidencia parcial entre este proyecto de artículo y el proyecto de artículo 16. Esa coincidencia puede limitarse porque, tal como observó la Secretaría, «[e]n la medida en que la "dirección y el control" adoptan la forma de una Resolución Vinculante, resulta difícil concebir una única resolución que permita controlar o dirigir a un Estado»[80]. La posibilidad de una coincidencia similar entre los proyectos de artículos 16 y 15 se preveía en el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 15. Además, también podría preverse una coincidencia parcial entre los proyectos de artículos 13 y 16. Un Estado manifestó que la Comisión debería «examinar maneras de eliminar esas superposiciones»[81]. Ello podría hacerse mediante la inclusión, al comienzo del proyecto de artículo 16, de las palabras «con sujeción a los artículos 13 a 15». No obstante, no es totalmente necesario porque no constituye una incongruencia el hecho de que la responsabilidad pueda surgir en algunas circunstancias de conformidad con diferentes proyectos de artículos, cuando se cumplan las condiciones establecidas en cada uno de ellos.

Proyecto de artículo 15

52. Un Estado sugirió que en el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 15 se especificase que «[s]olo cuando una decisión vinculante vaya acompañada de otra acción ilegal, como la amenaza del uso de la fuerza o su uso efectivo, resulta aplicable el proyecto de artículo 15»[82]. No obstante, también cabe prever un acto de coacción que no sea ilícito *per se*.

Proyecto de artículo 16

53. El proyecto de artículo 16 se refiere a la responsabilidad de una organización internacional por decisiones, autorizaciones y recomendaciones dirigidas a los Estados y las organizaciones internacionales miembros para que cometan un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la primera organización. Tal vez fuera más preciso referirse en todo este proyecto de artículo a los «miembros» en general y no a los «Estados y las organizaciones internacionales miembros», habida cuenta de la posibilidad de que una organización internacional se valga del comportamiento de un miembro que no sea un Estado ni una organización internacional[83]. Si en el proyecto de artículo 16 se previeran algunas consecuencias jurídicas para los miembros de resultas de su comportamiento a raíz de una decisión, autorización o recomendación, la referencia a los miembros que sean Estados u organizaciones internacionales estaría en consonancia con el alcance del presente proyecto de artículos. Dado que en el proyecto de artículo 16 no se prevén esas consecuencias, sería preferible omitir tal referencia.

54. La OCDE cuestionó la razón de ser del proyecto de artículo 16 porque el Estado miembro al que se dirigiera la decisión o recomendación «sería responsable del modo en que se pone o no se pone en práctica la decisión o recomendación»[84]. En tanto que la responsabilidad del Estado miembro de que se trate se tiene en cuenta en la cláusula de «sin perjuicio de» del proyecto de artículo 18, el proyecto de artículo 16 intenta impedir que una organización internacional se aproveche de su personalidad jurídica separada para eludir alguna de sus obligaciones. Aunque consideraba que «el término "eludir" no es claro», el Reino Unido «comparte la lógica en que se basa el proyecto de artículo 16»[85].

55. Tal vez haya que considerar si es necesario mencionar la «elusión» en el texto del proyecto de artículo 16[86]. Las últimas palabras del párrafo 1 («y por el cual esta eludiría una obligación internacional propia») constituyen más una explicación que una nueva condición. Eso queda claro en el párrafo 4 del comentario, en el que se señala que «[n]o es necesario que la organización internacional tenga la intención específica de eludir su obligación». No obstante, según un Estado debería ser un «*ejercicio indebido* e intencional de las facultades de una organización con objeto de evadir su responsabilidad»[87]. Dado

---

internacional en relación con la de un Estado que actuase en circunstancias similares.

[78] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 2 de las observaciones al artículo 14.

[79] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 73, párr. 7 del comentario al artículo 17.

[80] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 3 de las observaciones al artículo 14.

[81] Federación de Rusia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 9.

[82] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 15.

[83] Esta modificación fue sugerida por Blokker, «Abuse of the members: questions concerning draft article 16 of the draft articles on responsibility of international organizations», págs. 40 y 41.

[84] Documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 16.

[85] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 24. El Reino Unido también formuló algunas observaciones en relación con la distinción entre las categorías establecidas en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 16. Singapur pidió una aclaración sobre «el elemento de elusión», ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 76.

[86] Ese aspecto fue destacado por Blokker, *loc. cit.*, págs. 42 y 43. Bélgica también propuso que se suprimieran las últimas palabras del párrafo 1 (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párrs. 1 y 2 de las observaciones al artículo 16), pero por una razón diferente, a saber, que introducían un elemento subjetivo que sería demasiado estricto.

[87] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 16: «Alemania entendería y apoyaría una redacción por la que se interpretara la elusión como un *ejercicio indebido* e

que dicha intención resultaría difícil de probar en la práctica, el requisito sugerido por ese Estado haría que la responsabilidad con arreglo al proyecto de artículo 16 fuera problemática.

56. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 16 se considera el caso de una organización internacional que obliga mediante un hecho a uno o más miembros. El párrafo 2 se refiere a los hechos no vinculantes, cuya denominación varía según las diferentes organizaciones internacionales. Tal vez sea oportuno utilizar aquí «recomendación» como término genérico. La idea de que una organización internacional pueda incurrir en responsabilidad cuando recomienda cierto hecho a un miembro se basa en la hipótesis de que es improbable que los miembros hagan sistemáticamente caso omiso de las recomendaciones. Por lo menos algunos de los miembros pueden verse impulsados a poner en práctica la recomendación. Por otra parte, habida cuenta del gran número de recomendaciones que pueden formular las organizaciones internacionales, en el párrafo 2 se amplía considerablemente su responsabilidad.

57. En tanto que un Estado consideraba que el párrafo 2, apdo. *b*, «establece un equilibrio adecuado entre la necesidad de preservar un criterio práctico efectivo y la necesidad de un enfoque más restrictivo»[88], algunos Estados y organizaciones internacionales eran más críticos respecto del párrafo 2. El FMI subrayó que se trataba de «impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional»[89]. Según la Secretaría, «al menos por lo que respecta a la propuesta de extender la responsabilidad a las organizaciones internacionales en determinados casos en relación con las *recomendaciones* que puedan formular a los Estados u otras organizaciones internacionales, parecería que el concepto de responsabilidad se amplía mucho más allá del ámbito de la práctica anterior con respecto a los Estados o las organizaciones internacionales»[90]. La Comisión Europea manifestó la opinión de que «el hecho de sostener que una organización internacional incurre en responsabilidad sobre la base de meras "recomendaciones" formuladas a un Estado u organización internacional es ir demasiado lejos»[91]. Una opinión similar expresó la OIT, que destacó que, en el caso de una recomendación, «es necesario que intervenga un hecho: la decisión del Estado u otra organización internacional de cometer ese hecho. Así pues, se rompería la cadena de causalidad»[92]. Los países nórdicos manifestaron preocupación por «la sugerencia [...] de que las recomendaciones de organizaciones internacionales pueden dar lugar a la responsabilidad internacional de la organización en cuestión»[93]. Varios Estados destacaron la necesidad de exigir en el párrafo 2 un vínculo más firme entre la recomendación y el comportamiento del miembro[94].

58. Habida cuenta de todas esas observaciones críticas, tal vez sea conveniente que la Comisión reconsidere si el proyecto de artículo 16 debe incluir el actual párrafo 2[95]. En caso de que ese párrafo se suprimiera, habría que modificar el párrafo 3. Su texto podría ser el siguiente:

«El párrafo 1 se aplica independientemente de que el hecho sea o no internacionalmente ilícito para el miembro o miembros a los que vaya dirigida la decisión.»

Proyecto de artículo 19

59. Un Estado destacó que en el proyecto de artículo 19, en el que se consideraba que el consentimiento era una circunstancia que excluía la ilicitud, «[c]alificar el consentimiento con el término "válido" no resuelve el problema» de si una recomendación de una organización internacional «constituye consentimiento»[96]. Eso dependería de las circunstancias. En cualquier caso, en el proyecto de artículo 19 y en el comentario conexo no se intenta determinar cuándo existe el consentimiento en circunstancias concretas. No obstante, en el comentario se podría especificar, como el mismo Estado parece sugerir[97], que el consentimiento otorgado por una organización internacional no puede afectar a los derechos que puedan tener sus miembros frente a la organización nacional, la cual, si no fuera por el consentimiento, cometería un hecho internacionalmente ilícito.

60. La Secretaría observó que, en los ejemplos expuestos en el comentario del proyecto de artículo 19, «el consentimiento del Estado anfitrión no es necesariamente una circunstancia que excluya la ilicitud del comportamiento, sino más bien una *condición* de ese comportamiento»[98]. En lo tocante a los Estados, el consentimiento generalmente constituye una justificación del comportamiento, pero puede ser excepcionalmente una circunstancia que excluya la ilicitud. Como señaló también la Secretaría, en esta última hipótesis, «el propio hecho debe ser ilícito o

intencional de las facultades de una organización con objeto de evadir su responsabilidad».

[88] Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 38.

[89] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 4 de las observaciones generales.

[90] Ibíd., párr. 8 de las observaciones al artículo 16.

[91] Ibíd., observaciones al artículo 16.

[92] Ibíd.

[93] Dinamarca en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 28. Aunque esta preocupación se expresó en relación con el comentario, se aplica claramente también al texto del proyecto de artículo 16.

[94] Austria sugirió que se exigiera «una conexión muy estrecha entre esa autorización o recomendación y el hecho cometido por el Estado miembro» (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 1 de las observaciones al artículo 16). La Federación de Rusia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 10) y Suiza (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2) se pronunciaron en el mismo sentido. Singapur (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 77), destacó que el comentario «deja abierta la cuestión de si se requiere un mero vínculo fáctico o un elemento adicional como objetivo predominante». Sudáfrica (ibíd., párr. 72) señaló que «[e]l proyecto de artículo impondría a los Estados miembros de una organización una obligación onerosa de resistir incluso a los poderosos». No obstante, el proyecto de artículo 16 no constituye una adición a la responsabilidad de los miembros. La propuesta de Alemania (véase la nota 87 *supra)*, también abarca el párrafo 2.

[95] El párrafo 2 fue también criticado por Blokker, *loc. cit.*, págs. 43 a 46.

[96] Austria, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 19.

[97] Ibíd., párr. 1.

[98] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 2 de las observaciones al artículo 19.

haber infringido ya alguna obligación internacional para que se excluya la responsabilidad de la organización internacional mediante el consentimiento de un Estado u otra organización internacional»[99]. El hecho de que tal acontecimiento se produzca rara vez no hace que el proyecto de artículo 19 sea superfluo.

Proyecto de artículo 20

61. El proyecto de artículo 20, relativo a la legítima defensa, tuvo una acogida desigual. Dos Estados sugirieron que se suprimiera: uno de ellos sobre la base del argumento de que el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas se aplicaba únicamente a los Estados y no a las organizaciones internacionales[100]. Otro Estado manifestó que «debería aclararse la referencia general al derecho internacional hecha al final del proyecto de artículos, para evitar toda posible violación de la Carta de las Naciones Unidas»[101]. Como se explica en el párrafo 5 del comentario del proyecto de artículo 20, la referencia al derecho internacional reemplaza a la referencia a la Carta en el artículo 21 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado porque las organizaciones internacionales no son miembros de las Naciones Unidas. No se ha intentado ampliar las posibilidades para que las organizaciones internacionales recurran a la legítima defensa. La referencia al derecho internacional en el proyecto de artículo 20 tiene únicamente por objeto adaptar el texto del proyecto de artículo a las normas que pueda contener al respecto el derecho internacional[102].

62. Sería difícil ofrecer un análisis detallado de la situación del derecho que incluyera, tal como sugirió un Estado, la cuestión de cómo la legítima defensa de una organización internacional guarda relación con la soberanía del Estado anfitrión[103]. En cualquier caso, la congruencia con la Carta de las Naciones Unidas queda garantizada por el proyecto de artículo 66. Como señaló un Estado, «sería peligroso hacer una inferencia demasiado general respecto de la analogía entre el derecho natural del Estado a la legítima defensa contra la agresión armada [...] y el derecho de una organización internacional o de sus órganos o agentes a recurrir a la fuerza en una variedad de circunstancias. La redacción del proyecto de artículo 20 es con todo suficientemente general para dejar abierta esa cuestión»[104]. Según otro Estado, «el proyecto de artículo 20 es una solución de transacción adecuada»[105]. Además, la Secretaría opinó que la legítima defensa debería ser incluida en el texto del proyecto de artículos entre las circunstancias que excluían la ilicitud[106].

63. La cuestión de si la legítima defensa debería ser incluida entre las circunstancias que excluyen la ilicitud ya fue examinada en el séptimo informe del Relator Especial, cuando propuso que se suprimiera el proyecto de artículo[107]. Esa propuesta no fue aceptada por la mayoría de los miembros de la Comisión. No parece ser una razón suficiente para reiterar la propuesta aquí.

Proyecto de artículo 21

64. En el proyecto de artículo 21 se examinan las contramedidas que una organización internacional pueda adoptar contra otra organización internacional y contra un Estado. Ello es así porque una organización internacional podría invocar esta circunstancia que excluye la ilicitud para justificar la violación de una obligación contraída con un Estado[108].

65. En el párrafo 1 se establece una norma general sobre las contramedidas que toman las organizaciones internacionales, en tanto que en el párrafo 2 se aborda el caso especial de las contramedidas que toma una organización contra alguno de sus miembros. Varios Estados dijeron que era necesario adoptar un enfoque «cauteloso» o «prudente»[109] e incluso «con extrema cautela»[110], pero no propusieron la supresión del proyecto de artículo 21 ni la inclusión de algunas condiciones adicionales. Otro Estado destacó que era «necesario aportar más precisiones sobre las contramedidas adoptadas por las organizaciones internacionales, debido a la escasa práctica existente, la incertidumbre sobre el régimen jurídico aplicable y el riesgo de abuso»[111]. Algunos otros Estados manifestaron que aprobaban el texto[112]. En tanto que la OSCE dijo que estaba de acuerdo «con la posibilidad de que se adopten contramedidas por las

---

[99] Ibíd., párr. 4.

[100] La República Islámica del Irán (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 50) consideraba que el proyecto de artículo «debería suprimirse» y Belarús (ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 37) que «se podría omitir ».

[101] Brasil, ibíd., 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 3. Ghana expresó una preocupación similar (ibíd., párr. 13).

[102] Tiene algún fundamento la observación del Japón (ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 71) de que la «esencia» del derecho a la legítima defensa «por lo que respecta a las organizaciones internacionales no está bien definida en el derecho internacional, y su alcance y las condiciones para su ejercicio son mucho menos claras que en el caso de los Estados».

[103] Esa es una de las cuestiones que deseaba aclarar Austria (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 20). La cuestión de la invocabilidad de la legítima defensa por un Estado cuando su fuerza de mantenimiento de la paz es objeto de un ataque por el Estado anfitrión fue recientemente examinada por la Misión internacional independiente de investigación sobre el conflicto de Georgia (véase el informe de la Misión, vol. II, págs. 263 a 283; disponible en www.ceiig.ch).

[104] Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 66.

[105] Hungría, ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 39.

[106] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 4 de las observaciones al artículo 20.

[107] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/610, párrs. 58 y 59.

[108] La opinión de que «la cuestión de las contramedidas adoptadas por las organizaciones internacionales contra los Estados debería excluirse del alcance del proyecto de artículos» fue expresada por Alemania (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 1 de las observaciones al artículo 21). Esa opinión se basa en el argumento principal de que «como regla general, no hay lugar para la adopción de contramedidas entre una organización internacional y sus miembros». No obstante, cabría prever casos en que se invocara el incumplimiento de obligaciones por Estados que no fueran miembros.

[109] China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 44, y la India, ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 73.

[110] República Islámica del Irán, ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 50.

[111] Malasia, ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/64/SR.21), párr. 31.

[112] Véanse las declaraciones de Italia, ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 16, y Hungría, ibíd., párr. 39. La opinión de que la organización internacional debería ser asimilada a los Estados a los efectos de las contramedidas fue manifestada por Dopagne, *Les contre-mesures des organisations internationales*.

organizaciones internacionales o contra ellas»[113], la Secretaría recomendó que «no se incluya el capítulo sobre las contramedidas en el proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales»[114]; presumiblemente esto se aplicaría también al proyecto de artículo 21.

66. Las medidas adoptadas por una organización internacional contra sus miembros en caso de incumplimiento no son necesariamente contramedidas. Debe distinguirse, por una parte, entre el incumplimiento por un Estado de sus obligaciones como miembro de la organización y, por otra, el incumplimiento de otras obligaciones que el Estado miembro pueda haber contraído, como, por ejemplo, mediante un acuerdo relativo a la sede o un acuerdo bilateral sobre inmunidades y prerrogativas de la organización y sus agentes. En tanto que las contramedidas pueden preverse en el último caso, en el primero las normas de la organización pueden establecer sanciones que no pueden asimilarse a las contramedidas, como se señaló en el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 21 y fue subrayado por un Estado[115].

67. El párrafo 2 se refiere a las contramedidas que una organización internacional puede tomar contra sus miembros, independientemente de que sean Estados u organizaciones internacionales. Las palabras «un Estado o una organización internacional miembros» tienen por objeto abarcar a todos los Estados y organizaciones internacionales que sean miembros[116]. Un Estado «apoya el criterio restrictivo adoptado en el párrafo 2 del proyecto de artículo 21 respecto de las contramedidas»[117]. Otro Estado sugirió que se excluyeran del todo las contramedidas en las relaciones entre una organización internacional y sus miembros, o que por lo menos se dejara «bien en claro en el comentario que las contramedidas se presumirán *incompatibles* con las normas de la organización a menos que existan indicios claros de que las disposiciones internas de la organización (que también podrían contemplar sanciones) *no tenían* por finalidad regular exclusivamente la relación entre la organización y sus miembros»[118]. Aunque tal vez sea ese el modo como han de entenderse las reglas de varias organizaciones internacionales, en el presente informe no se pretenden ofrecer criterios para interpretar las reglas de las organizaciones en general ni las reglas de una organización en particular.

[113] Documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 50.

[114] Ibíd., párr. 10 de las observaciones al artículo 21. Los elementos de la práctica que son examinados por la Secretaría (párrs. 2 y 3) no se refieren a los casos en que las Naciones Unidas puedan considerarse «lesionadas» (en el sentido de lo dispuesto en los proyectos de artículos 42 y 50) por el incumplimiento de una obligación por un Estado.

[115] Portugal, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 21.

[116] En sus observaciones, Austria propuso «que se aclare si el calificativo "miembro" se aplica también a las organizaciones internacionales que son miembros de la organización de que se trate» (ibíd., párr. 2 de las observaciones al artículo 21). El Comité de Redacción tal vez desee examinar este asunto.

[117] Brasil, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 3. Existe cierta semejanza con la opinión manifestada por Suiza, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, según la cual pueden tomarse contramedidas contra Estados miembros únicamente si el objetivo y el mandato de la organización prevén esa posibilidad o, por lo menos, no son contrarias a ellos.

[118] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 21.

Proyecto de artículo 24

68. En el proyecto de artículo 24 se considera que el estado de necesidad es una de las circunstancias que excluye la ilicitud. La Secretaría respaldó «la inclusión de la norma sobre el "estado de necesidad" en el proyecto de artículos propuesto»[119]. Un Estado criticó la inclusión de este proyecto de artículo y destacó, en particular, la dificultad de comprender la expresión «interés esencial de la comunidad internacional» y la frase «afecte gravemente a un interés esencial del Estado»[120]. No obstante esa expresión y esa frase ya aparecen en el artículo 25 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Otro Estado, aunque estaba de acuerdo con el contenido del proyecto de artículo 24, manifestó que la expresión «interés esencial» debería definirse y sugirió que se hiciera referencia a la salvaguardia del medio ambiente y la preservación de la existencia misma del Estado y de su población en un momento de emergencia pública[121]. El examen de una definición más concreta sería más apropiado en el caso del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, en cuyo comentario se exponía, sin embargo, la opinión de que «[l]a medida en que un interés determinado sea "esencial" dependerá de todas las circunstancias y no puede prejuzgarse»[122].

69. Un Estado respaldaba la opinión de algunos miembros de la Comisión que figuraba en párrafo 4 *in fine* del comentario al proyecto de artículo 24, según la cual «una organización debería tener derecho, no obstante, a invocar el estado de necesidad para proteger un interés esencial de sus Estados miembros»[123]. Aunque esta opinión tiene fundamento, daría lugar a una considerable ampliación del alcance del estado de necesidad.

70. En lo concerniente a las relaciones entre una organización internacional y sus miembros, otro Estado «preferiría que el estado de necesidad pudiera invocarse solo si el hecho en cuestión constituyera el único modo que tiene la organización de cumplir su mandato»[124]. En el proyecto de artículos, se deja abierta la posibilidad de que las reglas especiales de la organización permitan que el alcance del estado de necesidad en las relaciones con los miembros se haga eco de principios concretos.

71. Se señaló que la «práctica internacional de la OTAN, las Naciones Unidas y la OEA, entre otras, muestra que las organizaciones internacionales consideran el estado de necesidad operacional y militar como un principio basado ante todo en el derecho consuetudinario»[125]. Podría incluirse una referencia a esa práctica en el comentario, aunque parece ser que afecta al contenido de las normas primarias sobre el desarrollo de los conflictos

[119] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 4 de las observaciones al artículo 24.

[120] Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 38.

[121] Cuba, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 24.

[122] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párr. 15 del comentario al artículo 25 (Estado de necesidad).

[123] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 24.

[124] Austria, ibíd., párr. 3 de las observaciones al artículo 24.

[125] Ibíd., párr. 4.

armados y no a las circunstancias que excluyen la ilicitud que se está examinando.

Recomendación

72. Las propuestas de modificación del texto del proyecto de artículos examinadas en este capítulo guardan relación con el proyecto de artículo 16. Esas propuestas se exponen en los párrafos 51, 55 y 58 *supra*. Sobre la base de tales propuestas, el texto del proyecto de artículo 16 sería el siguiente:

«1. Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 13 a 15, una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si adopta una decisión que obliga a un miembro a cometer un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización.

2. El párrafo 1 se aplica independientemente de que el hecho en cuestión sea internacionalmente ilícito para el miembro o miembros a los que se dirigió la decisión.»

CAPÍTULO III

Tercera parte. Contenido de la responsabilidad internacional de una organización internacional

Proyecto de artículo 29

73. La Secretaría se preguntaba si debería incluirse el proyecto de artículo 29, apdo. *b*, relativo a las seguridades y garantías de no repetición, «a la vista de la ausencia total de práctica en materia de otorgamiento de seguridades y garantías de no repetición por las organizaciones internacionales»[126]. Este apartado es idéntico al apartado *b* del artículo 30 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Es difícil determinar por qué las organizaciones internacionales deben estar excluidas de dar seguridades y garantías de no repetición, cuando en el apartado *b* se dispone «si las circunstancias lo exigen».

Proyecto de artículo 30

74. La OMS, en las observaciones que presentó junto con un grupo de otras organizaciones, criticó el principio establecido en el proyecto de artículo 30 de que la organización internacional responsable ha de «reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito». La razón de ello estribaba en que «eso podría dar lugar a un riesgo excesivo, habida cuenta de que, en general, las organizaciones internacionales no generan sus propios recursos financieros»[127]. La OIT manifestó una opinión similar[128]. La dificultad o incluso la imposibilidad de hacer frente a la obligación de reparar íntegramente no se refieren solo a las organizaciones internacionales. En los párrafos 1 y 2 del comentario se recuerda que el principio «trata de proteger a la parte lesionada contra los efectos adversos ocasionados por el hecho internacionalmente ilícito», pero que «suele aplicarse en la práctica de manera flexible». Es de destacar que el único Estado que hizo una observación sobre la reparación dijo que «apoya los proyectos de artículo sobre la reparación del perjuicio que figuran en el capítulo II de la tercera parte, en particular el proyecto de artículo 35», relativo a la indemnización[129].

75. La Secretaría destacó las limitaciones financieras que se aplicaban a las reclamaciones contra las Naciones Unidas de resultas de las operaciones de mantenimiento de la paz, aunque reconoció que «[c]on el fin de asegurar que esas limitaciones se puedan oponer a terceros, las Naciones Unidas celebran acuerdos con los Estados Miembros en cuyos territorios se despliegan las misiones de mantenimiento de la paz»[130].

Proyecto de artículo 31

76. De conformidad con el párrafo 1 del proyecto de artículo 31, «[l]a organización internacional responsable no puede invocar sus reglas como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben». Este párrafo se refiere a las obligaciones de la tercera parte, pero, dado que el proyecto de artículo 31 afecta directamente a las relaciones entre las obligaciones de derecho internacional y las reglas de la organización, ha sido objeto de críticas por parte de varias organizaciones internacionales.

77. El Consejo de Europa destacó que «parece difícil responsabilizar a una organización internacional de las disposiciones de su tratado constitutivo que sean ilícitas con arreglo al derecho internacional»[131]. Ciertamente la organización internacional no es la autora de su tratado constitutivo y no puede ser responsable de él. No obstante, puede ser responsable del comportamiento seguido de conformidad con su tratado constitutivo. El FMI expresó con algunas modificaciones su opinión de larga data de que una organización internacional no puede incurrir en responsabilidad a menos que su «instrumento constitutivo, el cual, junto con las normas y decisiones adoptadas en su virtud, constituye la *lex specialis* [...] o por el contrario infringió una norma imperativa de derecho internacional u otra obligación que hubiese aceptado voluntariamente»[132]. Una opinión similar manifestó la OCDE, aunque sin hacer una excepción respecto de las obligaciones voluntariamente aceptadas[133]. Tal vez no haya muchas normas de derecho internacional general que se apliquen a las organizaciones internacionales. En la medida en que se les apliquen, es concebible que tales normas y los acuerdos concertados con otros sujetos de derecho internacional puedan ser modificados por las reglas de la organización únicamente en lo concerniente

[126] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 2 de las observaciones al artículo 29.

[127] Ibíd., observaciones al artículo 30.

[128] Ibíd.

[129] República Islámica del Irán, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 53.

[130] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 6 de las observaciones al artículo 30.

[131] Ibíd., observaciones al artículo 31.

[132] Ibíd., párr. 2 de las observaciones generales.

[133] Ibíd., párr. 1 de las observaciones al artículo 63.

a las relaciones entre la organización internacional y sus miembros. Así pues, en lo tocante a los no miembros, incluidas las personas y entidades que pueden beneficiarse de las obligaciones contraídas con arreglo al derecho internacional general, las organizaciones internacionales no pueden quedar excluidas en virtud de sus reglas del cumplimiento de sus obligaciones. En las relaciones con los no miembros, el instrumento constitutivo de una organización internacional no puede eximir a esta de la responsabilidad que dimane de las normas de derecho internacional que en otro caso serían aplicables[134].

78. La Comisión Europea consideró que «no es coherente que en el proyecto de artículos se señale, por una parte, que la organización internacional responsable no puede invocar su derecho interno ("sus reglas") como justificación del incumplimiento de sus obligaciones (proyecto de artículo 31, párr. 1) y, por otra parte, que una violación del derecho interno de la organización puede constituir una violación del derecho internacional (proyecto de artículo 9, párr. 1)»[135]. La coherencia se garantiza ciertamente por el hecho de que, en las relaciones entre una organización internacional y sus miembros, las normas generales de derecho internacional no se aplican en la medida en que hayan sido modificadas por las reglas de la organización. Eso afecta también a las reglas sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, que se mencionan expresamente en el párrafo 2 del proyecto de artículo 31 en relación con las disposiciones de la tercera parte. En este contexto, la Secretaría recordó que, dado que las reglas de las Naciones Unidas «incluyen la Carta de las Naciones Unidas, esta puede invocarse como justificación del incumplimiento en el sentido del proyecto de artículo 31, párr. 1»[136]. La Carta cobra una mayor importancia de resultas del proyecto de artículo 66.

Proyecto de artículo 32

79. En el proyecto de artículo 32, párr. 1, se dispone que las obligaciones contraídas en virtud de la tercera parte «pueden existir con relación a otra organización o varias organizaciones, a un Estado o varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto». En el párrafo 5 *in fine* del comentario se añade que «[b]ien que, como dispone el párrafo 1, las consecuencias de esas violaciones con respecto a particulares no se rigen por este artículo, ciertas cuestiones de responsabilidad internacional que surgen en estos contextos probablemente son semejantes a las que se regulan en los presentes artículos». La Secretaría recomendó que se elimine el párrafo 5 del comentario porque «puede crear la idea errónea de que las normas que figuran en el proyecto de artículo se aplican a entidades y personas distintas de los Estados y las organizaciones internacionales»[137]. Esa idea errónea surgiría de resultas de hacer caso omiso de la afirmación de que no quedan abarcadas las violaciones respecto de particulares. No obstante, si se considerara más adecuado, podría suprimirse la última parte del pasaje citado.

Proyecto de artículo 36

80. En cuanto al proyecto de artículo 36, relativo a la satisfacción, la OIT sugirió «agregar una precisión al final del párrafo 2 del proyecto de artículo 36, que podría consistir en las palabras "de conformidad con la reglas de la organización de que se trate" o una referencia al "órgano competente"»[138]. Hay que dar por sentado que las reglas de la organización se aplicarán para determinar cuál es el órgano competente de la organización internacional para proporcionar una satisfacción. Las reglas también serán pertinentes para muchos otros artículos. Como se señalaba en el párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 63, «[d]iversos aspectos de las cuestiones que son objeto de las partes segunda a quinta pueden regirse, expresa o implícitamente, por las reglas de la organización». No parece ser una razón suficiente para agregar una referencia específica a las reglas de la organización en el proyecto de artículo 36.

Proyecto de artículo 37

81. Según la Secretaría, el proyecto de artículo 37, relativo a los intereses, «al igual que otros que figuran en esta parte, debería estar sujeto a "las reglas de la organización" y al principio de la *lex specialis* en el sentido del artículo 63 del proyecto de artículos»[139]. Si bien pueden existir reglas especiales sobre los intereses que se aplican a determinadas organizaciones internacionales y posiblemente a las Naciones Unidas porque estas «tienen por política, en general, no pagar intereses»[140], eso no parece ser una razón suficiente para hacer una referencia expresa a las reglas especiales en el proyecto de artículo 37. Tales reglas, en la medida en que modifican la regla general sobre los intereses, serían aplicables sobre la base del proyecto de artículo 63.

Proyecto de artículo 39

82. La OMS y las organizaciones que formulaban observaciones conjuntamente con ella sugirieron, «dentro del proceso de desarrollo progresivo», que se modificara el proyecto de artículo 39 a fin de «exponer la obligación de los Estados miembros de proporcionar medios financieros suficientes a las organizaciones en relación con su responsabilidad»[141]. La OIT manifestó, en relación con el proyecto de artículo 39, que «es menester reforzarlo»[142].

83. Del texto del proyecto de artículo 39 y de su comentario se infiere claramente que los Estados miembros no tienen ninguna obligación con arreglo al derecho internacional, salvo la obligación que puede existir en virtud de las reglas de la organización, de proporcionar a esta los medios necesarios para hacer una reparación. Varios Estados hicieron suyo este enfoque y algunos de ellos deseaban que dicha idea se manifestara de manera más expresa[143]. Eso tal vez no sea necesario, habida cuenta de

[134] La OIT (ibíd., observaciones al artículo 31) afirmaba que los instrumentos sustitutivos tenían «precedencia», sin distinguir entre las relaciones que una organización internacional podía tener con sus miembros y con los no miembros.

[135] Ibíd.

[136] Ibíd., párr. 1 de las observaciones al artículo 31.

[137] Ibíd., párr. 2 de las observaciones al artículo 32.

[138] Ibíd., observaciones al artículo 36.

[139] Ibíd., párr. 3 de las observaciones al artículo 37.

[140] Ibíd., párr. 2.

[141] Ibíd., observaciones al artículo 39.

[142] Ibíd.

[143] Véanse las declaraciones de Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta*

lo que se dispone en el proyecto de artículo 61, relativo a la responsabilidad de los Estados miembros; no obstante, las palabras «de conformidad con las reglas de la organización» en el proyecto de artículo 39 pueden dar lugar a cierta ambigüedad que podría ser eliminada. También está justificada la propuesta formulada por un Estado de modificar el comentario cuando indica que la obligación de contribuir está «implícita en general en las reglas de las organizaciones»[144]. Un comentario más matizado estaría en consonancia con el criterio restrictivo que generalmente se mantiene en las observaciones cuando se examinan las reglas de la organización.

84. El párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 39 incluye un texto que fue propuesto por algunos miembros de la Comisión. Según ese texto, «la organización internacional responsable adoptará todas las medidas apropiadas de conformidad con sus reglas para que sus miembros proporcionen a la organización los medios para cumplir efectivamente las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo». En el comentario se señala que esa obligación de la organización puede considerarse «implícita en la obligación de reparar». Dos Estados sugirieron que se incluyera el texto propuesto en el proyecto de artículo[145]. Podría intentarse conjugar el proyecto de artículo y el texto propuesto por la minoría. Podría adoptarse el siguiente texto provisional para intentar también atender a la preocupación manifestada en el párrafo 83 *supra*:

«1. Los miembros de la organización internacional responsable adoptarán todas las medidas apropiadas que puedan requerir las reglas de la organización para permitir que la organización cumpla las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo.

2. La organización internacional responsable adoptará todas las medidas apropiadas de conformidad con sus reglas para garantizar que sus miembros le proporcionan los medios para cumplir efectivamente las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo.»

Proyecto de artículo 41

85. La única observación sobre el proyecto de artículo 41, relativo a las consecuencias de la violación grave de una obligación dimanante de una norma imperativa, fue formulada por un Estado en el sentido de que «las organizaciones internacionales deberían tener la obligación, similar a la que incumbe a los Estados, de cooperar, en el marco de sus instrumentos constitutivos, a poner fin a una violación grave cometida por otra organización»[146]. Ello constituye esencialmente una aceptación del párrafo 1 del proyecto de artículo 41.

Recomendación

86. Para concluir este capítulo, cabe señalar que en la única propuesta de modificación del texto de los proyectos de artículos de la tercera parte se refiere al proyecto de artículo 39. Esa modificación se sugiere en el párrafo 84 *supra*.

Comisión, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 36; Hungría, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 40; Portugal, ibíd., párr. 46 y Grecia, ibíd., párr. 62 y las observaciones a este artículo de Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 3, y la República de Corea, ibíd. Austria adoptó una posición similar, ibíd., párr. 4. La República Islámica del Irán, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 53, aunque compartía la misma opinión, sostenía que «en esos casos la responsabilidad debería recaer principalmente en aquellos miembros que, en razón de su papel en la adopción de decisiones o su posición general dentro de la organización, hayan contribuido al acto lesivo».

[144] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 39.

[145] India, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 74, y Austria, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 4 de las observaciones al artículo 39.

[146] Cuba, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 15.

Capítulo IV

Cuarta parte. Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de una organización internacional

Proyecto de artículo 44

87. Un Estado propuso que se reformulara el párrafo 1, relativo a la admisibilidad de las reclamaciones contra una organización internacional, en particular para dejar claro que el requisito de la nacionalidad de las reclamaciones no se aplica a la protección de los derechos humanos[147]. El párrafo 1 establece que «[u]n 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». Dado que las obligaciones relativas a los derechos humanos son obligaciones *erga omnes*, cualquier Estado que no fuera el de la nacionalidad podría invocar la responsabilidad como Estado no lesionado. El hecho de que la nacionalidad sea irrelevante para formular dicha reclamación se desprende ya del proyecto de artículo 48, párr. 5, según el cual el párrafo 1 del proyecto de artículo 44 no se aplica a las reclamaciones formuladas por Estados facultados para invocar la responsabilidad en calidad distinta de la de Estado lesionado.

88. El presente proyecto de artículos no aborda específicamente las cuestiones relativas al ejercicio de la protección funcional. La OSCE propuso que la Comisión

[147] El Salvador, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 4 de las observaciones al artículo 44. La reformulación propuesta tiene como finalidad eliminar toda ambigüedad que pudiera surgir del párrafo 1, que parecería indicar que el requisito de la nacionalidad se aplica en todas las circunstancias. Si bien el texto en inglés no parece ambiguo, podría mejorarse el texto en español del proyecto de artículos para eliminar ese problema.

incluyera expresamente esa protección[148]. Otro Estado señaló que «[e]l presente texto no zanja la cuestión de si una organización internacional puede ejercer una protección funcional en nombre de sus funcionarios lesionados por otra organización»[149]. No parece necesario incluir un examen específico de estas cuestiones, dado que la protección funcional rara vez será ejercida por una organización internacional en contra de otra organización internacional.

89. El párrafo 2 del proyecto de artículo 44 se refiere al agotamiento de los recursos internos en el caso de una reclamación formulada por un Estado u organización internacional lesionados contra otra organización internacional. La Secretaría destacó que «resulta esencial aclarar de entrada que la referencia al "agotamiento de los recursos internos" no debe interpretarse en el sentido de que sugiere la existencia de una obligación que incumbe a las organizaciones internacionales de someterse en cualquier contexto a la competencia de los tribunales u órganos administrativos nacionales»[150]. Dado que el párrafo 2 exige que se agoten las vías de recurso «proporcionadas por esta organización», la cuestión parece suficientemente clara. Además, en el párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 44 se explica que la expresión «recursos internos» ha sido utilizada como «término técnico» y en el párrafo 9 que solamente se exige que se agoten los recursos ante los tribunales nacionales cuando «la organización internacional ha aceptado su competencia para examinar reclamaciones».

Proyecto de artículo 47

90. La última oración del párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 47 sobre la pluralidad de Estados u organizaciones internacionales responsables se refiere a la responsabilidad subsidiaria y dice lo siguiente: «La subsidiariedad no implica la necesidad de ajustarse a un orden cronológico para presentar una reclamación». Un Estado estimó que esta oración era incompatible con lo dispuesto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 47, según el cual la responsabilidad subsidiaria «solo podrá invocarse en la medida en que la invocación de la responsabilidad principal no haya dado lugar a reparación»[151]. Sin embargo, la oración incluida en el comentario no tiene por finalidad sugerir que el Estado o la organización internacional que solo tiene responsabilidad subsidiaria deba reparar el daño antes de que se cumpla la condición establecida en el párrafo 2, sino únicamente dar mayor flexibilidad a la presentación de reclamaciones. Esta cuestión podría explicarse mejor en el comentario.

Proyecto de artículo 48

91. Un Estado consideró que en el proyecto de artículo 48 los conceptos de «obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto» y «responsabilidad respecto de la comunidad internacional» eran «problemáticos»[152]. Sin embargo, esos conceptos ya se han empleado en el artículo 48 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado y el sentido parece ser el mismo cuando se los aplica a las organizaciones internacionales.

92. En cuanto a la violación de una obligación que existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto, dos Estados expresaron su apoyo a la solución adoptada en el párrafo 3 del proyecto de artículo 48[153], que restringe el derecho a formular una reclamación a las organizaciones internacionales que tienen la función de salvaguardar «los intereses de la comunidad internacional en que se fundamenta la obligación violada». Uno de esos Estados estimó que sería «demasiado trascendental conceder un derecho a todas las organizaciones internacionales, independientemente de las funciones a ellas encomendadas por sus miembros»[154].

Proyecto de artículo 50

93. El proyecto de artículo 50 es el primero del capítulo sobre las contramedidas. Las distintas opiniones de los Estados y las organizaciones internacionales sobre si estas últimas tienen derecho a adoptar contramedidas, o si pueden adoptarse contramedidas contra ellas, se han examinado anteriormente, en relación con el proyecto de artículo 21.

94. El incumplimiento de obligaciones internacionales puede justificarse como contramedida solo si va dirigido contra una organización internacional responsable. Como propuso la OSCE, el comentario podría incluir una explicación sobre «las repercusiones de las contramedidas en las entidades no destinatarias»[155].

95. Un Estado señaló que en su opinión «una organización internacional puede recurrir a las contramedidas solo si tales medidas son conformes a su instrumento constitutivo»[156]. Si bien cabe esperar que una organización internacional cumpla sus reglas cuando adopte contramedidas, el acatamiento de las reglas de la organización no puede constituir una condición general para que las contramedidas se consideren lícitas respecto de terceros que no son miembros. El mismo Estado sugirió que, para adoptar contramedidas, una organización internacional «ha de estar facultada para adoptar tales medidas con arreglo a su reglamento»[157]. La existencia de requisitos específicos en las reglas de la organización parece depender de las reglas particulares de la organización de que se trate.

96. La Comisión Europea señaló que, dado que la OMC cuenta con un régimen concreto de contramedidas, «[e]n la medida en que tales contramedidas estén autorizadas

---

[148] Documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 44.

[149] Austria, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 44.

[150] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 2 de las observaciones al artículo 44. La Secretaría agregó que «la referencia al "agotamiento de los recursos internos" en este contexto podría crear confusión» (ibíd.).

[151] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 47.

[152] Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 39.

[153] República Checa, ibíd., párr. 58 y Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 48.

[154] Alemania, ibíd.

[155] Documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 50.

[156] Austria, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 50.

[157] Ibíd.

por un tratado, es cuestionable que no constituyan verdaderos ejemplos de contramedidas con arreglo al derecho internacional general»[158]. Esta observación se formuló como una crítica a que se hubiera incluido en el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 50 una referencia a una decisión adoptada por un grupo especial de la OMC. Sin embargo, en el comentario se citó un fragmento de esa decisión porque contenía observaciones sobre el régimen de las contramedidas en el derecho internacional general.

Proyecto de artículo 51

97. En lo que respecta a las contramedidas adoptadas por los miembros de una organización internacional, el proyecto de artículo 51 establece dos condiciones, una de las cuales es que «las contramedidas no sean incompatibles con las reglas de la organización». Es muy posible que, como sugirió un Estado, en relación con muchas organizaciones internacionales la condición de que las contramedidas no sean incompatibles con las reglas de la organización requeriría una «clara indicación de que las reglas *no* están concebidas para regular plenamente su objeto, es decir, la relación jurídica entre un Estado miembro y la organización»[159]. Otro Estado observó que «la Comisión tal vez desee examinar más a fondo el caso de las organizaciones que no cuentan con [un mecanismo de resolución de controversias] o cuyos acuerdos constitutivos o reglas prohíben las contramedidas o no dicen nada sobre su utilización»[160]. Sin embargo, como ya se ha señalado, no compete a la Comisión establecer una presunción general respecto del contenido de las reglas de las organizaciones internacionales ni interpretar las reglas de ninguna organización internacional en particular.

Proyecto de artículo 52

98. El proyecto de artículo 52 se refiere a las obligaciones internacionales respecto de organizaciones internacionales contra las cuales no pueden adoptarse contramedidas. En el párrafo 1 del comentario del proyecto de artículo 52 se explica que el concepto de contramedidas implica «la existencia de una obligación respecto de la entidad destinataria»; al respecto, el comentario da el ejemplo de la prohibición del uso de la fuerza. Contrariamente a lo señalado por la Secretaría[161], la Comisión nunca sugirió que pudiera utilizarse la fuerza legítimamente contra una organización internacional como contramedida. Además, el párrafo 1, apdo. *a*, establece expresamente que las contramedidas no afectarán «la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas». Sin embargo, quizás sería preferible que, a fin de evitar nuevos malentendidos, el comentario proporcionara un ejemplo distinto de una «obligación respecto de la entidad destinataria».

99. Un Estado propuso la eliminación del término «fundamentales» como calificativo de «derechos humanos» en el proyecto de artículo 52, párr. 1, apdo. *b*[162]. Esta propuesta se hizo en vista de los cambios producidos en materia de protección de los derechos humanos. Sin embargo, esos cambios no son específicos de las organizaciones internacionales. Además, sigue sin quedar claro en qué medida las normas del derecho internacional general resultan aplicables a la protección de los derechos humanos por las organizaciones internacionales. Por lo tanto, es preferible retener la redacción «derechos humanos fundamentales», utilizada en el artículo 50, párr. 1, apdo. *b*, del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

100. En opinión de la Secretaría, el párrafo 2, apdo. *b*, del proyecto de artículo 52 «se debería redactar de nuevo para reflejar de forma apropiada las prerrogativas e inmunidades de que disfrutan las organizaciones internacionales»[163]. Como se explica en el párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 52, la intención en el párrafo 2, apdo. *b*, no es abarcar todos los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales, sino establecer una restricción a las contramedidas similar a la establecida en el párrafo 2, apdo. *b*, del artículo 50 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, en que se hace referencia a «la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares».

Proyecto de artículo 56

101. El proyecto de artículo 56 es una cláusula de salvaguardia, similar al artículo 54 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, no tiene por finalidad resolver la cuestión controvertida de las medidas tomadas por una entidad distinta del Estado o la organización internacional lesionados. Un Estado apoyó el proyecto de artículo 56 y alegó que había un error gramatical en el texto en francés[164]. Otro Estado propuso que se suprimiera la formulación actual y que se sustituyera por otra que remitiera al sistema de seguridad colectivo previsto en la Carta de las Naciones Unidas[165]. Podría explicarse en el comentario que las medidas previstas en el proyecto de artículo 56 están sujetas *a fortiori* a las restricciones establecidas para la adopción de contramedidas en los proyectos de artículo precedentes, incluida la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza a que se hace referencia en el proyecto de artículo 52, párr. 1, apdo. *a*.

Recomendación

102. Se han presentado relativamente pocos comentarios en relación con la cuarta parte del proyecto de artículos. No se han propuesto enmiendas al texto del proyecto de artículos en este capítulo.

---

[158] Documento A/CN.4/637 y Add.1, observaciones al artículo 50.

[159] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 51.

[160] Irlanda, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 65.

[161] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 1 de las observaciones al artículo 52.

[162] El Salvador, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 11 de las observaciones al artículo 52.

[163] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 2 de las observaciones al artículo 52.

[164] Comentarios escritos de Bélgica (disponibles en la División de Codificación).

[165] Cuba, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 56.

Capítulo V

Quinta parte. Responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de una organización internacional

Proyecto de artículo 57

103. El proyecto de artículo 57 se refiere a la ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional. Según la OIT, este proyecto de artículo y los dos siguientes «parecen denegar una personalidad jurídica diferenciada a las organizaciones internacionales»[166]. Además, un Estado manifestó que le preocupaba la posibilidad de que se desdibujara «la distinción entre los hechos del Estado y los de las organizaciones internacionales» y se pusiera en duda la personalidad jurídica separada de las organizaciones internacionales[167]. El párrafo 2 de los comentarios de los proyectos de artículos 57 y 58 señala la necesidad de distinguir, por una parte, entre la participación de un Estado miembro en el proceso de adopción de decisiones de la organización con arreglo a sus reglas pertinentes y, por otra, la ayuda o asistencia, o la dirección y el control, que activaría la aplicación de los proyectos de artículos 57 y 58[168]. Dos Estados pidieron que se aclarara esta cuestión[169]. Otro Estado sugirió que «el carácter de una organización internacional, su función, sus atribuciones y su reglamento interno para la adopción de decisiones marcan una diferencia decisiva para aclarar la "división" de la responsabilidad internacional por un hecho ilícito entre un Estado y una organización»[170]. En el comentario se podría explicar que, si bien un Estado miembro no queda exento de cumplir sus propias obligaciones cuando actúa en el seno de una organización internacional, no puede responsabilizársele del comportamiento de una organización internacional al que contribuyó con arreglo a las reglas de esta. Solo el comportamiento de un Estado miembro que excede lo que se le exige en las reglas de la organización podría equivaler a ayuda o asistencia, o dirección y control, en relación con un hecho internacionalmente ilícito de la organización internacional.

Proyecto de artículo 58

104. Un Estado señaló que en el proyecto de artículo 58 las palabras «dirección y control» eran «ambiguas»[171]. Esas palabras figuran en el artículo 17 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado en relación con la responsabilidad que incumbe a un Estado por dirigir y controlar a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Parece razonable utilizar las mismas palabras cuando un Estado dirige y controla a una organización internacional, aunque las formas de hacerlo puedan ser diferentes.

[166] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 2 de las observaciones a la quinta parte.

[167] Sudáfrica, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 71.

[168] Una observación similar se hizo en el párrafo 2 del comentario del proyecto de artículo 59 sobre la coacción.

[169] China, ibíd., párr. 45 y Bélgica, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 57.

[170] Austria, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 58.

[171] Sudáfrica, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 71.

Proyecto de artículo 59

105. Un Estado observó que debían aclararse «las circunstancias en las que se consideraría que un Estado ha coaccionado a una organización internacional»[172]. Otro Estado sugirió que era necesario precisar más la coacción, en el sentido de que «debe haber un vínculo directo entre el acto coercitivo del Estado y la actividad de la organización internacional»[173]. En este caso, de nuevo, el concepto de coacción tampoco puede diferir razonablemente del utilizado en el artículo 18 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado con respecto a la coacción ejercida por un Estado sobre otro en relación con la comisión de un hecho que, de no haber mediado coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado que sufrió la coacción. El requisito de que «el hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito» de la organización internacional coaccionada aparece con la misma redacción en el proyecto de artículo 59, apdo. *a*. Este requisito parece presuponer la existencia de un «vínculo directo» entre el hecho del Estado que ejerce la coacción y el de la organización internacional que es objeto de ella. Esta cuestión podría explicarse más en el comentario.

Proyecto de artículo 60

106. Varios Estados estuvieron de acuerdo con el criterio que utilizó la Comisión en el proyecto de artículo 60, sobre la responsabilidad de un Estado miembro que trate de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, aunque algunos de esos Estados pidieron que se hicieran ciertas aclaraciones o enmiendas[174]. Por otro lado, la Comisión Europea reiteró su opinión de que no veía la necesidad de una disposición de esa índole[175]. Dos Estados sugirieron que se modificara el párrafo 7 del comentario del proyecto de artículo 60 a fin de incluir el requisito de que hubiera una intención específica de eludir la obligación[176].

[172] Ibíd.

[173] Austria, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 59.

[174] Cabe citar las posiciones de Alemania (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 1 de las observaciones al artículo 60), Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 65; Singapur, ibíd., párrs. 75 a 78 (que aprobó el proyecto de artículo 60 como cuestión de desarrollo progresivo y pidió que se explicaran más claramente las palabras «que trate de eludir el cumplimiento de sus obligaciones» (ibíd., párr. 76)); Hungría, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 39, e Irlanda, ibíd., párr. 66.

[175] Comentarios de la Comisión Europea (disponibles en la División de Codificación).

[176] Véase la declaración de Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 65 y las observaciones al artículo 60 de Alemania (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2). También la Comisión Europea expresó la opinión de que «debe ser necesario algún tipo de nivel o intención básico o general por parte del Estado miembro» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 22). En el párrafo 7 del comentario del proyecto de artículo 60 se incluye la siguiente oración: «Una evaluación de la intención específica por parte del Estado miembro de eludir una obligación internacional no es necesaria».

Otro Estado opinó que para incurrir en responsabilidad debe haber habido abuso del derecho, abuso de la personalidad jurídica diferenciada de la organización o mala fe[177]. Según otro Estado, «en la práctica podría resultar difícil establecer la responsabilidad si se exige que haya una intención específica de eludir obligaciones y que se pruebe esa intención»[178]. Si bien este último argumento es válido, la formulación del proyecto de artículo 60, según el cual el Estado «trata de eludir el cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales prevaliéndose de que la organización es competente en relación con el objeto de dicha obligación», implica la existencia de un elemento subjetivo que el comentario no refleja adecuadamente en su redacción actual.

107. Un Estado planteó varios interrogantes sobre el papel de los Estados miembros en relación con las modalidades de votación en la organización internacional de que se trate[179]. Las observaciones formuladas en el párrafo 103 *supra* parecen aplicables también al proyecto de artículo 60. Por lo tanto, un Estado no incurriría en responsabilidad por los actos realizados como miembro en una organización internacional cuando esos actos se ajustan a las reglas de la organización. Por otra parte, quizás exista una superposición entre el proyecto de artículo 60 y los proyectos de artículos 57 a 59, como el mismo Estado sugirió implícitamente[180]. Como se propuso en el párrafo 51 *supra* en relación con el proyecto de artículo 16, esa superposición podría evitarse incluyendo al comienzo del proyecto de artículo 60 las palabras «con sujeción a los artículos 57 a 59».

108. Los párrafos 3 y 4 del comentario del proyecto de artículo 60 hacen referencia a dos decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las obligaciones que incumben a los Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando transfieren funciones a una organización de la que son miembros. Un Estado sugirió que la Comisión tuviera en cuenta también sentencias más recientes dictadas por el mismo Tribunal[181]. Al respecto, podría incluirse en el comentario una referencia a la decisión adoptada el 12 de mayo de 2009 en la causa *Gasparini c. Italie et Belgique*. En este caso, se había presentado una demanda contra estos dos Estados en que se alegaba que el procedimiento para el arreglo de controversias laborales en la OTAN era inadecuado. El Tribunal dijo que los Estados, cuando transfieren parte de sus facultades soberanas a una organización de la que son miembros, tienen la obligación de asegurarse de que los derechos garantizados por el Convenio reciban en la organización una «protección equivalente» a la garantizada por el mecanismo previsto en el Convenio. Al igual que en decisiones anteriores, el Tribunal consideró que no se había violado esta obligación en este caso porque el procedimiento previsto por la OTAN no era «manifiestamente insuficiente»[182].

Proyecto de artículo 61

109. El proyecto de artículo 61 se refiere a la responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización. En el párrafo 1, apdo. *a*, se hace referencia a la aceptación de la responsabilidad por un Estado miembro, lo que se ha interpretado correctamente en el sentido de que implica una aceptación expresada a la parte que invoca la responsabilidad del Estado[183]. La Comisión Europea propuso agregar en el párrafo 1, apdo. *a*, el requisito de que la aceptación se haga «de conformidad con las reglas de la organización»[184]. Sin embargo, cuando un Estado acepta responsabilidad, lo que puede resultar pertinente para establecer la validez de esa aceptación es el derecho interno de ese Estado, más que las reglas de la organización.

110. La Comisión Europea cuestionó el párrafo 1, apdo. *b*, que establece que un Estado miembro es responsable cuando «ha inducido a la parte lesionada a confiar en su responsabilidad», por no contar con suficiente apoyo en la práctica[185]. Un Estado cuestionó la pertinencia de que se hiciera referencia en el comentario a ciertas decisiones judiciales que tratan sobre la responsabilidad «en el marco de un ordenamiento jurídico nacional»[186]. Sin embargo, los fragmentos que se citan fueron tomados de decisiones judiciales en que los tribunales nacionales habían abordado la cuestión de si los Estados miembros eran responsables en virtud del derecho internacional o en las que se expresaban algunas opiniones generales que parecen aplicables también desde la perspectiva del derecho internacional[187].

111. Otro Estado, además de sugerir que se eliminara la referencia al número de miembros que figura en el párrafo 10 del comentario al proyecto de artículo 61, propuso que en el párrafo 1, apdo. *b*, se incluyera un calificativo para «confiar», por ejemplo «legítimamente»[188]. El fundamento de este párrafo es proteger a los terceros cuando han sido inducidos por determinados Estados a tratar con una organización internacional de la que son miembros, en el entendimiento de que esos mismos Estados velarían por que la organización cumpliera con sus obligaciones. Se podría decir que los terceros confían entonces legítimamente en esta garantía implícita, pero el adverbio no parece aportar mucho al texto.

---

[177] Esta es la posición adoptada por Bélgica (documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 60), aunque este Estado también criticó el proyecto de artículo porque incluye elementos subjetivos que en su opinión no deberían incluirse (párr. 1).

[178] Irlanda, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 66.

[179] Austria, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 60.

[180] Ibíd.

[181] Observaciones de Bélgica (ibíd., párr. 3), en que critica en cierto modo las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como señaló ese Estado, el proyecto de artículo 60 no tiene por finalidad codificar la jurisprudencia de ese Tribunal.

[182] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 10750/03, decisión de 12 de mayo de 2009, inédito.

[183] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 2 de las observaciones al artículo 61.

[184] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 1 de las observaciones al artículo 61.

[185] Ibíd., párr. 2.

[186] Austria, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 6 de las observaciones generales.

[187] Párrs. 4, 7 y 9 del comentario al proyecto de artículo 61.

[188] Alemania, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, párr. 3 de las observaciones al artículo 61.

112. Un Estado cuestionó por «inusual» la afirmación del párrafo 2 del proyecto de artículo 61 según la cual se presume que la responsabilidad de los Estados miembros tiene solo carácter subsidiario[189]. Dado que en este supuesto es la organización internacional la que cometió el hecho internacionalmente ilícito, parece probable que los Estados miembros tengan la intención de asumir la obligación de reparar solo cuando la organización no cumpla con sus obligaciones.

[189] Austria, ibíd., observaciones al artículo 61.

Recomendación

113. La única enmienda al texto del proyecto de artículos que se ha propuesto en el presente capítulo se refiere a las palabras iniciales del proyecto de artículo 60 que se sugieren en el párrafo 107 *supra*.

Capítulo VI

Sexta parte. Disposiciones generales

Proyecto de artículo 63

114. Algunos de los aspectos del papel que desempeña la *lex specialis* en el proyecto de artículos fueron examinados anteriormente, en particular en el párrafo 3 *supra*. Las organizaciones internacionales destacaron en sus observaciones la importancia del proyecto de artículo 63. Tanto la OIT como el Banco Mundial consideraron que se trataba de una «disposición clave» del proyecto[190]. La OIT sugirió que «el alcance del proyecto de artículo 63 ha de entenderse de manera amplia y no solo como pertinente para la determinación de la responsabilidad de una organización internacional, sino también como anticipación de posibles normas de derecho internacional general sobre la responsabilidad con las que coexista, siguiendo el principio de *lex specialis derogat generali*»[191]. Por otra parte, un Estado estimó que el alcance del proyecto de artículo 63 era excesivo[192]; otro Estado consideró que había que tener cuidado en no permitir que las organizaciones pudieran invocar sus propias reglas internas como justificación de la violación de una obligación internacional[193]; otro señaló que no debía «contemplarse ninguna *lex specialis* fuera del derecho interno de la organización internacional en cuestión»[194]. Para completar el panorama, un Estado consideró que el proyecto de artículo 63 era «satisfactorio»[195].

115. Es probable que la mayoría de las normas especiales que prevalecen sobre las normas generales figuren en las reglas de la organización. Como se establece en el proyecto de artículo 63, las reglas de la organización serían «aplicables a las relaciones entre una organización internacional y sus miembros». Por ejemplo, esas reglas pueden regular el derecho de un Estado a invocar la responsabilidad de una organización internacional de la que es miembro[196]. También es posible que existan normas especiales que se apliquen a un grupo de organizaciones internacionales o a una organización internacional en particular incluso en sus relaciones con terceros no miembros. En los párrafos 2 a 5 del comentario del proyecto de artículo 63 se presenta un posible ejemplo de ello.

116. Dicho ejemplo se refiere a la atribución a la UE de actos de sus Estados miembros cuando esos Estados aplican disposiciones vinculantes de esa organización[197]. En el párrafo 5 del comentario se citan dos decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque se podría incluir también en él una referencia a la decisión adoptada el 20 de enero de 2009 en el asunto *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas*[198]. En esta última decisión, relativa a las garantías ofrecidas por la UE (en particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en el ejercicio de sus propias facultades jurisdiccionales en relación con una cuestión prejudicial presentada por un tribunal de los Países Bajos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteró su posición de que la conducta de los órganos de un Estado miembro debía en todos los casos atribuirse a ese Estado. El Tribunal señaló que «[u]na Parte Contratante es responsable con arreglo al artículo 1 del Convenio de todos los actos y omisiones de sus órganos, con independencia de que el acto u omisión sea una consecuencia del derecho interno o de la necesidad de cumplir con obligaciones jurídicas internacionales»[199].

117. Como se señaló en los dos párrafos precedentes, el proyecto de artículo 63 admite la posibilidad de que normas especiales rijan las relaciones entre una organización internacional en particular y terceros no miembros. Un Estado sugirió ir más allá e incluir una «disposición que obligue a tener en cuenta las características especiales de cada organización concreta al aplicar el proyecto de artículos»[200]. Por otro lado, otro Estado vio con agrado que «la Comisión se haya abstenido de añadir una nueva disposición sobre la variedad y las características específicas de las organizaciones internacionales, ya que una disposición de ese tipo podría haber puesto en peligro el proyecto de artículos en su conjunto al dejar margen a las organizaciones para no aplicarlo»[201].

[190] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párrs. 1 y 2 de sus respectivas observaciones al artículo 63.

[191] Ibíd., párr. 2.

[192] Bélgica, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 63.

[193] Ghana, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 14.

[194] Belarús, ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/64/SR.15), párr. 41.

[195] Francia, ibíd., párr. 67.

[196] Reino Unido, ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 26.

[197] La opinión de que el acto debe atribuirse en ese caso a la UE fue reafirmada recientemente por Hoffmeister, «Litigating against the European Union and its member States: who responds under the ILC's draft articles on international responsibility of international organizations?».

[198] Asunto n.º 13645/05, *Recueil des arrêts et décisions 2009-I*.

[199] Ibíd., párr. 153.

[200] Reino Unido, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 28.

[201] Hungría, ibíd., párr. 40.

Proyecto de artículo 65

118. El proyecto de artículo 65 es una cláusula de salvaguardia sobre «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». Un Estado sugirió que debería aclararse en el proyecto de artículo 65 «que la responsabilidad individual abarca tanto los aspectos civiles como los penales»[202]. El comentario del artículo 58 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, que es una disposición similar a la que figura en el proyecto de artículo 65, solo se refiere a la responsabilidad penal[203]. Si bien es probable que en el caso de los individuos estos solo incurran en responsabilidad penal en virtud del derecho internacional, esa responsabilidad penal puede acarrear responsabilidad civil para con las víctimas de un delito. Esta cuestión podría incluirse en el comentario.

Proyecto de artículo 66

119. Cuatro Estados cuestionaron, por distintas razones, la necesidad de una disposición como la del proyecto de artículo 66[204]. Por ejemplo, un Estado señaló que la disposición era superflua[205], en tanto que otro cuestionó la idea de que las organizaciones internacionales estuvieran obligadas en general a cumplir la Carta de las Naciones Unidas[206]. También se expresaron opiniones en defensa del proyecto de artículo 66. Un Estado consideró que «[l]a referencia específica a la Carta hecha en el proyecto de artículo 66 es también un paso en la dirección correcta»[207]. La Secretaría sugirió que el comentario debía incluir también, como se hace en el comentario sobre la disposición similar del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[208], la declaración de que «[l]os artículos deben interpretarse en todos los aspectos de conformidad con la Carta»[209].

120. Dado que el proyecto de artículo 66 es una cláusula de salvaguardia, quizás no sea necesario que la Comisión se detenga en los efectos que surte la Carta en la responsabilidad de las organizaciones internacionales. No es necesario incluir la opinión expresada en el párrafo 2 del comentario de que «se desprende de la práctica que esa primacía [de la Carta] existe también con respecto a las organizaciones internacionales». Esta opinión fue criticada por un Estado[210], que hizo referencia a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Kadi*[211]. Sin embargo, en esta sentencia no se adoptó la perspectiva del derecho internacional cuando se examinaron las relaciones entre la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

121. En el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 66 se señala que «[e]l presente artículo no prejuzga la aplicabilidad de los principios y normas enunciados en los artículos anteriores a la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas». En opinión de la Secretaría, en este párrafo «no se aclara si lo que se pretende es excluir a las Naciones Unidas del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 66»[212], lo que decididamente no es el sentido del párrafo del comentario. Como señaló la Secretaría «las Naciones Unidas podrían invocar la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones del Consejo de Seguridad (en la medida en que reflejen una obligación de derecho internacional) para justificar lo que de otra forma podría considerarse un incumplimiento»[213]. Esta cuestión podría explicarse en el comentario.

Recomendación

122. No se han propuesto enmiendas al texto del proyecto de artículos en este capítulo.

---

[202] República Islámica del Irán, ibíd., párr. 51.

[203] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 152 y 153.

[204] Véanse las declaraciones de Ghana, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 12; la República Islámica del Irán, 16.ª sesión (A/C.6/64/SR.16), párr. 51 y Portugal, ibíd., párr. 47 y documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, observaciones al artículo 66, y Suiza, ibíd.

[205] Esta parece ser la posición de Ghana, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 12.

[206] Véanse las observaciones de Suiza, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2.

[207] Brasil, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/64/SR.17), párr. 5.

[208] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 153, párr. 2 del comentario al artículo 59.

[209] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 4 de las observaciones al artículo 66.

[210] Suiza, documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2.

[211] Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, Recopilación de jurisprudencia, 2008*.

[212] Documento A/CN.4/637 y Add.1, párr. 4 de las observaciones al artículo 66.

[213] Ibíd., párr. 3.

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/636 y Add. 1 y 2

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

[Original: español/francés/inglés]
[14 de febrero, 13 de abril y 8 de agosto de 2011]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento		112
	Párrafos	
Introducción	1-2	112
Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos		113
A. Observaciones generales		113
Alemania		113
Austria		113
Chile		114
Cuba		114
México		114
Países Bajos		115
Portugal		116
República Checa		116
República de Corea		116
Suiza		117
B. Comentarios específicos sobre el proyecto de artículos		117
Primera parte. Introducción		117
Artículo 1. Alcance del presente proyecto de artículos		117
Alemania		117
Chile		117
Artículo 2. Términos empleados		117
Austria		117
Bélgica		118
Cuba		118
México		118
Portugal		119
República Checa		119
Suiza		119
Segunda parte. El hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional		119
Capítulo I. Principios generales		119
Alemania		119
Artículo 3. Responsabilidad de una organización internacional por sus hechos internacionalmente ilícitos		120
Cuba		120
Artículo 4. Elementos del hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional		120
Chile		120
Cuba		120

Página

CAPÍTULO II. ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO A UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL 120
Alemania 120
México 120
Artículo 6. Comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional 120
Alemania 120
Austria 120
Bélgica 121
México 121
República Checa 121
Suiza 121
Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones 121
República Checa 121
Suiza 122
Artículo 8. Comportamiento que una organización internacional reconoce y adopta como propio 122
Chile 122
El Salvador 122
México 122

CAPÍTULO III. VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL 123
Artículo 9. Existencia de violación de una obligación internacional 123
Portugal 123

CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UN ESTADO O DE OTRA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL 123
Cuba 123
Artículo 13. Ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito 123
Cuba 123
Suiza 123
Artículo 14. Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito 123
Bélgica 123
Cuba 124
Artículo 15. Coacción sobre un Estado u otra organización internacional 124
Alemania 124
Artículo 16. Decisiones, autorizaciones y recomendaciones dirigidas a los Estados y las organizaciones internacionales miembros 124
Alemania 124
Austria 124
Bélgica 125
México 125
República Checa 125

CAPÍTULO V. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD 125
México 125
Artículo 19. Consentimiento 126
Austria 126
Artículo 20. Legítima defensa 126
Austria 126
República Checa 126
República de Corea 126
Artículo 21. Contramedidas 126
Alemania 126
Austria 127
Chile 127
Portugal 127
Artículo 24. Estado de necesidad 128
Alemania 128
Austria 128
Cuba 128

Página

TERCERA PARTE. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL 128

CAPÍTULO I. PRINCIPIOS GENERALES 128
Artículo 31. Irrelevancia de las reglas de la organización 128
México 128
República de Corea 129

CAPÍTULO II. REPARACIÓN DEL PERJUICIO 129
Artículo 39. Medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de reparación 129
Alemania 129
Austria 129
Portugal 130
República de Corea 130

CAPÍTULO III. VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES EMANADAS DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL 131
Artículo 40. Aplicación del presente capítulo 131
República Checa 131

CUARTA PARTE. MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL 131

CAPÍTULO I. INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL 131
Artículo 42. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado o la organización internacional lesionada 131
Austria 131
Artículo 44. Admisibilidad de la reclamación 131
Austria 131
El Salvador 131
Artículo 47. Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales responsables 132
Alemania 132
Artículo 48. Invocación de la responsabilidad por un Estado o una organización internacional que no sean un Estado lesionado o una organización internacional lesionada 132
Alemania 132
República Checa 133

CAPÍTULO II. CONTRAMEDIDAS 133
Chile 133
Artículo 50. Objeto y límites de las contramedidas 133
Alemania 133
Austria 133
Chile 133
Artículo 51. Contramedidas tomadas por miembros de una organización internacional 133
Alemania 133
Chile 134
Artículo 52. Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas 134
El Salvador 134
Artículo 56. Medidas tomadas por una entidad distinta de un Estado lesionado o una organización internacional lesionada 135
Cuba 135
República Checa 135

QUINTA PARTE. RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL 135
Artículo 57. Ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional 135
Bélgica 135
República Checa 136
Artículo 58. Dirección y control ejercidos por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional 136
Austria 136
Artículo 59. Coacción ejercida por un Estado sobre una organización internacional 136
Austria 136
Artículo 60. Responsabilidad de un Estado miembro que trate de eludir el cumplimiento de sus obligaciones 136
Alemania 136
Austria 137
Bélgica 137
México 137
República Checa 137

Página

Artículo 61. Responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización ... 137
Alemania ... 137
Austria ... 138
República Checa ... 138

SEXTA PARTE. DISPOSICIONES GENERALES ... 139
Artículo 63. Lex specialis ... 139
Alemania ... 139
Bélgica ... 139
México ... 139
República Checa ... 139
Artículo 66. Carta de las Naciones Unidas ... 139
Portugal ... 139

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	Fuente
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 171.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.
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. 143.
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. 85.
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 Internacional para la Protección de los Alpes (Convención Alpina) (Salzburgo, 7 de noviembre de 1991)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1917, n.º 32724, pág. 135.

Introducción

1. En su 61.º período de sesiones, en 2009, la Comisión de Derecho Internacional aprobó, en primera lectura, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[1]. La Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, pedir al Secretario General que transmitiera el proyecto de artículos a los gobiernos y a las organizaciones internacionales[2] para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que esos comentarios y observaciones se presentaran al Secretario General antes del 1 de enero de 2011[3]. En el párrafo 5 de su resolución 64/114, de 16 de diciembre de 2009, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia de que la Comisión dispusiera de sus comentarios y observaciones sobre el proyecto de artículos. El Secretario General difundió una nota, de fecha 22 de enero de 2010, por la que se transmitía el proyecto de artículos a los gobiernos.

2. Al 8 de agosto de 2011, se habían recibido respuestas por escrito de Alemania (23 de diciembre de 2010), Austria (14 de diciembre de 2010), Bélgica (22 de febrero de 2011), Chile (9 de mayo de 2011), Cuba (5 de noviembre de 2010), El Salvador (3 de noviembre de 2010), México (2 de marzo de 2011), los Países Bajos (15 de marzo de

[1] El texto del proyecto de artículos aprobado en primera lectura figura en *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 50. El texto del proyecto de artículos con sus comentarios, figura en ibíd., párr. 51. Por su parte, el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con sus comentarios (en adelante, proyecto sobre la responsabilidad del Estado) figura en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31, párr. 77.

[2] Los comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales figuran en el documento A/CN.4/637 y Add.1, reproducido en el presente volumen.

[3] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 48.

2011), Portugal (28 de enero y 20 de diciembre de 2010), la República Checa (1 de abril de 2011), la República de Corea (23 de febrero de 2011) y Suiza (24 de febrero de 2011). Los comentarios y observaciones recibidos de esos Gobiernos se reproducen a continuación , organizados por temas, empezando por las observaciones generales para continuar con los comentarios relativos a proyectos de artículos específicos.

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

A. Observaciones generales

Alemania

Alemania considera en general satisfactorio el presente proyecto de artículos aprobado en primera lectura. Al reflejar el planteamiento ya adoptado por la Comisión en el ámbito conexo de la responsabilidad del Estado, el presente proyecto plasma por escrito diversas disposiciones jurídicas de importancia sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Alemania coincide en que, dadas las peculiaridades de las organizaciones internacionales en comparación con los Estados, no era posible adoptar un criterio totalmente paralelo al adoptado por la Comisión cuando abordó el tema de la responsabilidad del Estado. Como consecuencia de ello, fueron necesarias algunas disposiciones totalmente nuevas, mientras que otras precisaron de cambios considerables de redacción a fin de poder ser aplicadas a las organizaciones internacionales. El tema se ve complicado en mayor medida por el hecho de que la legislación que rige la responsabilidad de las organizaciones internacionales parece ser mucho más difícil de determinar con precisión que la referente a los Estados, ya que las organizaciones internacionales aportan menos práctica «general» debido especialmente a sus competencias limitadas y muy diferentes. El tema del proyecto de artículos de la Comisión cobró mayor complejidad con la decisión de abordar también la responsabilidad de un *Estado* en relación con el hecho de una organización internacional.

Austria

1. Austria siempre ha resaltado la complejidad de este tema, que requeriría un análisis a fondo de las relaciones entre las organizaciones internacionales y sus Estados miembros y las relaciones entre las organizaciones internacionales y terceros Estados u otras organizaciones internacionales, así como la diversidad de las organizaciones internacionales, incluido el alcance de sus competencias. No se puede ignorar el hecho de que las organizaciones internacionales difieren sustancialmente entre sí en estos ámbitos, de modo que se plantea la cuestión de hasta qué punto se puede someter a las organizaciones internacionales a un sistema uniforme de normas en lo que respecta a su responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos. La doctrina y la práctica han estado hasta la fecha divididas acerca de estas cuestiones.

2. Una razón de esta diversidad es que los Estados han fundado organizaciones internacionales con diferentes fines, de manera que las relaciones entre las organizaciones internacionales y sus Estados miembros varían en consecuencia. Existe una gran diferencia entre las organizaciones internacionales establecidas como foros de debate a efectos meramente disertantes y las organizaciones concebidas para llevar a cabo actividades tales como las operaciones de mantenimiento de la paz. En el primer caso, la responsabilidad recaería principalmente en los Estados miembros, mientras que en el segundo caso sería la propia organización internacional la autora de los hechos susceptibles de plantear la cuestión de la responsabilidad.

3. Las diferencias entre Estados y organizaciones internacionales con respecto a su naturaleza jurídica y política y sus procedimientos requieren suma cautela cuando se trata de elaborar un régimen de responsabilidad. Mientras que los Estados son, en principio, agentes independientes en la esfera internacional, las acciones de las organizaciones internacionales están controladas por sus Estados miembros. Además, las organizaciones internacionales suelen actuar frente a sus Estados miembros, que también pueden actuar a su vez en nombre de una organización internacional. Por consiguiente, las cuestiones de responsabilidad por el hecho ilícito (*responsibility*) y responsabilidad por el daño causado (*liability*) están estrechamente vinculadas a las relaciones específicas entre las organizaciones y sus Estados miembros. Ignorar o generalizar esas relaciones específicas entraña el riesgo de crear lagunas conceptuales.

4. Además, se podría hacer una clara distinción entre la posición jurídica de los Estados miembros, los terceros Estados que han entablado relaciones con la organización internacional y los terceros Estados que se han negado expresamente a hacerlo. A diferencia de la legislación sobre responsabilidad del Estado, esta distinción es decisiva para la legislación de las organizaciones internacionales debido a sus limitados mandatos y capacidades, así como a la cuestión de las repercusiones jurídicas de su reconocimiento.

5. Por otra parte, se ha de tener presente la necesidad de distinguir entre la responsabilidad de una organización internacional para con sus Estados miembros y su responsabilidad para con terceros Estados, lo que suscita la cuestión de la personalidad subjetiva u objetiva de las organizaciones internacionales. En su opinión consultiva *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ basó el derecho de las Naciones Unidas a presentar reclamaciones ante un Estado no miembro en la vocación universal de la Organización[1]. Se sigue planteando la cuestión de la aplicabilidad de esto mismo a una organización que no tenga carácter universal. El comentario al presente proyecto de artículos no revela si la Comisión considera que todas las organizaciones internacionales gozan de una personalidad jurídica objetiva, de forma que cualquier organización podría invocar responsabilidad contra cualquier Estado o cualquier otra organización.

[1] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

6. Además, parece que la responsabilidad con arreglo al derecho internacional y la responsabilidad con arreglo a cualquier otro régimen jurídico no se distinguen siempre con nitidez. Los casos citados en el comentario abordan en ocasiones la responsabilidad por el hecho ilícito o la responsabilidad por el daño causado en el marco de un ordenamiento jurídico nacional, como la decisión del Consejo Internacional del Estaño[2]. Se debe considerar detenidamente si los argumentos derivados de estos casos se pueden aplicar a la responsabilidad en virtud del derecho internacional antes de poder hacer referencia a ellos en este contexto.

7. Con independencia de estas cuestiones fundamentales, que requieren especial consideración, parece adecuado como punto de partida el método de extrapolar los principios contenidos en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Este planteamiento permite comprobar si cada una de las normas correspondientes a los Estados dotados de plena personalidad jurídica es aplicable a las organizaciones con una personalidad jurídica internacional limitada y unas funciones que se derivan más o menos directamente de la voluntad de los Estados miembros y no miembros. Con todo, cuanto más se ha avanzado en la labor sobre esta cuestión, más dudas han suscitado los artículos propuestos sobre la aplicabilidad de los principios de responsabilidad del Estado a las organizaciones sin más aclaraciones sustanciales. A modo de advertencia, se ha de tener presente que no ha entrado aún en vigor la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, 20 años después de su aprobación. Una de las principales razones es la falta de claridad sobre el alcance de las organizaciones internacionales abarcadas por esa Convención.

[2] Reino Unido, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, *Maclaine Watson & Co. Ltd.* v. *Department of Trade and Industry*; *J. H. Rayner (Mincig Lane) Ltd.* v. *Department of Trade and Industry and Others*, sentencia de 27 de abril de 1988, ILR, vol. 80, pág. 109.

Chile

1. Las organizaciones internacionales son un componente esencial del sistema actual de derecho internacional, por cuanto contribuyen activamente en la protección de la paz y la seguridad internacionales, e intervienen positivamente en 1os diferentes ámbitos en los que actúan. Por esta razón, un cuerpo normativo que regule adecuada y coherentemente la responsabilidad internacional de las mismas parece tanto inevitable como necesario.

2. A Chile le parece adecuado que el proyecto de artículos se haya basado, en su estructura y contenido, en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado, y se concuerda con la decisión de la Comisión en cuanto a que las características propias de las organizaciones internacionales hacen necesaria la redacción de un cuerpo normativo diferente y propio.

Cuba

1. El proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales ofrece por primera vez una regulación escrita en la que se establecen propuestas teóricas de desarrollo progresivo que generarán inevitablemente conflictos de interpretación. Entre esas propuestas, cabe mencionar las cláusulas relativas a la figura de las contramedidas, con sus requisitos y limitaciones, las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional y la aplicación de las diferentes modalidades de reparación del daño.

2. El texto del proyecto de artículos constituye un gran esfuerzo por regular de manera uniforme esta cuestión. Cuba también considera que se ha logrado un proyecto bastante exhaustivo, teniendo en cuenta la complejidad y novedad del tema, así como la diversidad de criterios en torno a las instituciones jurídicas de que se trata.

3. En relación con la solución de controversias, Cuba recomienda retomar el procedimiento de solución que se aprobó en primera lectura en 1996 para el caso de responsabilidad del Estado por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos. Una propuesta de un mecanismo para solucionar controversias relativas a la interpretación de la responsabilidad constituye una garantía de solución pacífica de las controversias, fundamentalmente para países en desarrollo que resultan ser las víctimas de la solución de los conflictos mediante el uso de la fuerza.

México

1. Se ha comentado en la doctrina que las reglas secundarias del presente proyecto serían de poca utilidad al no existir suficientes normas primarias aplicables a las organizaciones internacionales. Si bien el universo de obligaciones internacionales de los Estados es mucho mayor que el de las organizaciones internacionales, existen desarrollos en el derecho internacional que no pueden ser ignorados. Así, por ejemplo, las organizaciones internacionales que adoptan decisiones que afectan directa o indirectamente a los derechos humanos no pueden permanecer ajenas al respeto de ciertos estándares internacionales de derechos humanos.

2. En la medida en que las organizaciones internacionales han proliferado en la escena internacional y en que sus actividades inciden cada vez más en los más diversos asuntos a nivel global y, en ciertos casos, en las situaciones jurídicas de las personas físicas y jurídicas en los Estados, el tema de su responsabilidad internacional adquiere una mayor importancia práctica. De tal suerte, para México, el derecho de la responsabilidad de las organizaciones internacionales es, junto al de la responsabilidad internacional de los Estados, una pieza clave en la consolidación del estado de derecho a nivel internacional. El presente proyecto representa un paso importante en dicho sentido y el trabajo de la Comisión y del Relator Especial merecen el reconocimiento y el agradecimiento de México.

3. No cabe duda, el presente proyecto y el proyecto sobre la responsabilidad del Estado son complementarios. Es también en dicho sentido que México ha recibido positivamente el enfoque de la Comisión de guiarse, *mutatis mutandis*, por los parámetros contenidos en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Ello, aunado a la

escasa práctica existente en materia de atribución de conducta y de responsabilidad a las organizaciones internacionales, convierte al proyecto sobre la responsabilidad del Estado y a sus comentarios en una guía natural para el presente proyecto.

4. No obstante, los desafíos que presentan las diversas actividades y naturaleza de las organizaciones internacionales para el derecho internacional, y para el tema de la responsabilidad en particular, obedecen a su propia lógica. En términos generales, México considera que la Comisión respondió bien a estos desafíos propios de las organizaciones internacionales. En algunos supuestos normativos en particular, sin embargo, pareciera que las peculiaridades de las organizaciones internacionales y sus diferencias frente a los Estados merecerían mayor atención, o bien mayor claridad en los comentarios de los proyectos de artículos.

Países Bajos

1. Algunos gobiernos y académicos han puesto en duda la necesidad de contar con un conjunto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, al ser la práctica en este ámbito escasa, como ha quedado demostrado en los informes del Relator Especial y los comentarios presentados por las organizaciones internacionales. Existen cientos de organizaciones internacionales, pero solo 20 de ellas han presentado comentarios, a veces extremadamente breves. Por lo tanto, parece pertinente preguntarse si es realmente necesario elaborar normas sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

2. En opinión de los Países Bajos, es necesario contar con un proyecto de artículos de esta índole, que contribuiría a seguir desarrollando el ordenamiento jurídico internacional. En el decenio de 1960, el Sr. Ago, Presidente de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados de la Comisión, señaló que era «dudoso que esas organizaciones tengan capacidad para cometer actos ilícitos internacionales» y que «[l]a creación de las organizaciones internacionales es un hecho demasiado reciente y la cuestión de una posible responsabilidad internacional por supuestos actos ilícitos cometidos por esas organizaciones no se presta a codificación»[1]. Sin embargo, en el siglo XXI esto ya no es así. El número de organizaciones internacionales ha aumentado considerablemente; sus actividades se han multiplicado y afectan tanto a las relaciones internacionales como a la vida cotidiana de los particulares. Aunque por supuesto es cierto que no todas cometen hechos internacionalmente ilícitos todos los días y ni siquiera todos los años, en la práctica actual hay cada vez más casos en los que se alega que las organizaciones internacionales cometen hechos de esa índole. Existe acuerdo general en el sentido de que las organizaciones internacionales tienen la capacidad de actuar en el plano internacional, dentro de la esfera de sus facultades. Sin embargo, no puede descartarse que cometan actos ilícitos. Por lo tanto, es necesario contar con un sistema, un conjunto de normas generales a esos efectos, aunque la práctica no sea extensa.

3. De no existir esas normas, los tribunales nacionales e internacionales que debieran resolver reclamaciones contra organizaciones internacionales y sus miembros probablemente se inspirarían en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado y los aplicarían por analogía. Tendrían que hacerlo de un modo *ad hoc* e improvisado, y cada tribunal adoptaría su propia decisión sobre si el proyecto sobre la responsabilidad del Estado puede aplicarse *mutatis mutandis* o no, y en qué medida. En vez de ello, sería preferible que esos tribunales pudieran contar con normas generales relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, elaboradas en el marco de un proceso abierto y multilateral. Es por ello que los Países Bajos apoyan la labor de la Comisión sobre este tema y no comparten la crítica de que esos artículos no son necesarios. Además, la inexistencia de esos artículos podría impedir que las organizaciones internacionales ejercieran sus funciones en el futuro, así como la posible creación de nuevas organizaciones internacionales cuando fuera necesario. La elaboración de normas sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales constituye una medida necesaria para el desarrollo del ordenamiento jurídico internacional, en el que las organizaciones internacionales realizan un número cada vez mayor de actividades. No puede descartarse que algunas de esas actividades constituyan hechos internacionalmente ilícitos, y ya no se acepta que las organizaciones internacionales no puedan ser responsables.

4. En opinión de los Países Bajos la crítica de que la Comisión se ha limitado con demasiada frecuencia a copiar simplemente los artículos del proyecto sobre la responsabilidad del Estado es infundada. La decisión de la Comisión de tomar el proyecto sobre la responsabilidad del Estado como punto de partida merece pleno apoyo por tres razones. En primer lugar, los artículos del proyecto sobre la responsabilidad del Estado son suficientemente generales para aplicarse también a otras personas jurídicas internacionales. En segundo lugar, la Comisión ha necesitado varias décadas y la intervención de cinco Relatores Especiales para llegar a un conjunto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, la Comisión ha hecho bien en decidir, al elaborar los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, que no iba a reinventar la rueda ni reiniciar el debate sobre complejas cuestiones relativas a la responsabilidad cuando no era necesario hacerlo. En tercer lugar, es necesario elaborar un único cuerpo coherente de normas sobre responsabilidad internacional. La Comisión, si bien ha tomado el proyecto sobre la responsabilidad del Estado como punto de partida, ha abordado la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales con un criterio amplio. Las organizaciones internacionales han sido invitadas a presentar comentarios y a informar a la Comisión acerca de su práctica. El Relator Especial ha reunido y analizado cuidadosamente toda la práctica disponible, así como las opiniones de la doctrina en esta esfera. A menudo los proyectos de artículos elaborados como consecuencia de ello no se apartan de los artículos del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Sin embargo, cuando eso ha ocurrido, no ha sido nunca sin extensos análisis y debates previos. Además, en relación con varias cuestiones, la Comisión llegó a la conclusión de que debía adaptar los artículos del proyecto sobre la responsabilidad del Estado a las organizaciones

[1] *Anuario… 1963*, vol. II, anexo I, documento A/CN.4/152, apéndice 1, segunda sesión, pág. 268 y cuarta sesión, pág. 273.

internacionales o elaboró nuevos artículos. La Comisión y su Relator Especial han demostrado que no han tratado el proyecto sobre la responsabilidad del Estado como un texto sacrosanto.

5. Los Países Bajos están de acuerdo con que existe una gran diversidad de organizaciones internacionales. Algunas son universales, otras cuentan con solo unos pocos miembros. Algunas cumplen funciones generales o políticas, otras son muy específicas o técnicas. La cooperación en algunas organizaciones es de índole puramente intergubernamental, en tanto que en la UE es supranacional. Sin embargo, aunque no deben negarse sus diferencias, en opinión de los Países Bajos estas no deberían impedir la elaboración de normas generales sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. No debe olvidarse que, si bien existe un único conjunto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, también hay considerables diferencias entre estos. En cuanto al tamaño de su población y territorio, su poder político, su poder económico y su cultura, países como China y los Estados Unidos son fundamentalmente distintos de países como Andorra y Tuvalu. Por otra parte, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales es suficientemente general como para abarcar la gran variedad de organizaciones internacionales existente. Es incorrecto suponer que esa gran variedad de organizaciones internacionales haría necesaria una variedad similar de normas sobre responsabilidad. Como se señala en la definición de las organizaciones internacionales en el proyecto de artículo 2, el proyecto de artículos se aplica a las organizaciones dotadas de personalidad jurídica internacional. Como personas jurídicas internacionales, esas organizaciones tienen capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. En la medida en que tengan obligaciones en virtud del derecho internacional, no puede excluirse la posibilidad de que las incumplan. En ese caso, debe ser posible responsabilizarlas por ello. Esto es cierto para cualquier organización internacional dotada de personalidad jurídica internacional. Además, tanto en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado como en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales se reconoce la existencia de regímenes especiales (*lex specialis*) de normas sobre responsabilidad internacional. Esas disposiciones sirven de salvaguarda en los casos en que se considere que los artículos generales son demasiado rígidos y que, por lo tanto, deben aplicarse normas especiales sobre responsabilidad.

Portugal

1. No cabe duda de que los principios de responsabilidad del Estado son aplicables en general a la responsabilidad de las organizaciones internacionales en lo que respecta a la invocación de responsabilidad. No obstante, el proyecto de artículos continúa siendo demasiado fiel al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de una manera que puede desviar la labor de la Comisión de lo que debería ser su principal objetivo: tratar los problemas concretos que entraña la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. La tarea en curso puede llegar incluso a generar soluciones incongruentes. Así, Portugal considera que este tipo de planteamiento es innecesario, repetitivo e incluso contraproducente.

2. Portugal sigue abogando por un enfoque más centrado en los problemas concretos planteados por la responsabilidad de las organizaciones internacionales en relación con la responsabilidad de los Estados. El análisis debería reflejar las diferencias que existen entre los Estados y las organizaciones internacionales y el hecho de que, a diferencia de los Estados, las competencias y atribuciones de las organizaciones internacionales, así como las relaciones entre ellas y sus miembros, varían considerablemente de una organización a otra.

República Checa

1. Uno de los problemas jurídicos que presenta el proyecto de artículos es dónde establecer una línea divisoria entre la responsabilidad de una organización internacional y la de un Estado (miembro). En otras palabras, ¿hasta qué punto pueden las organizaciones internacionales incurrir en responsabilidad por los hechos de los Estados y viceversa? El proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales intenta responder a esta pregunta.

2. Lo que no se cuestiona es que una organización internacional debe poseer una personalidad jurídica internacional distinta de la de sus Estados miembros. De otro modo, no podría incurrir en responsabilidad. Sin embargo, cuestión muy distinta es la naturaleza de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales. En este contexto, resulta particularmente apropiado recordar la opinión consultiva de la CIJ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, en que la Corte señaló que:

> las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional que no gozan, a diferencia de los Estados, de competencias generales. Las organizaciones internacionales se rigen por el «principio de especialidad»[1].

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

República de Corea

1. La República de Corea apoya el deseo de la Comisión de establecer un marco general de normas que regulen la responsabilidad internacional. La aprobación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales dará mayor estabilidad jurídica a esta esfera.

2. Dadas las diferencias que existen entre los Estados y las organizaciones internacionales, es necesario contar con un conjunto de artículos específico, y no recurrir a la aplicación general del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Ese instrumento específico debería reflejar las características de las organizaciones internacionales.

3. Sin embargo, resulta difícil entender algunos de los proyectos de artículos, puesto que se basan en una escasa práctica de las organizaciones internacionales. Sería más fácil entenderlos si la Comisión incluyera más información sobre la práctica en sus comentarios. Por ejemplo, el artículo 20 trata el derecho de legítima defensa como circunstancia que excluye la ilicitud. Según el artículo 21 del proyecto sobre la responsabilidad del

Estado, la ilicitud del hecho de un Estado puede quedar excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, cuando se hace referencia a la legítima defensa de las organizaciones internacionales, se entiende como legítima defensa en virtud del derecho internacional, en términos abstractos, lo que puede dar lugar a abusos.

Suiza

Muchas veces en el texto del proyecto de artículos se utiliza la frase «responsabilidad de una organización internacional por sus hechos internacionalmente ilícitos». Sin embargo, en el título del capítulo IV de la segunda parte, y en el título de la quinta parte, se habla de «Responsabilidad de una organización internacional [un Estado] en relación con el hecho de». Suiza considera que sería mejor que se utilizara la misma redacción en todo el texto.

B. Comentarios específicos sobre el proyecto de artículos

Primera parte

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. Alcance del presente proyecto de artículos

Alemania

Es bienvenida la aclaración incluida en el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 1, según la cual los presentes artículos no abordan las cuestiones relativas a la responsabilidad internacional en que un Estado puede incurrir respecto de una organización internacional. Efectivamente, esta cuestión se inscribe en el ámbito de la responsabilidad del Estado y, por tanto, está al margen del ámbito de aplicación de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, con independencia del hecho de que los artículos sobre la responsabilidad del Estado no aborden esta cuestión al tratar únicamente las relaciones interestatales. Si bien cabría la posibilidad de colmar la laguna creada por los dos proyectos de artículos para los supuestos en que un Estado incurre en responsabilidad para con una organización internacional haciendo uso de una analogía con los artículos sobre la responsabilidad del Estado, como prevé el comentario, esta cuestión no se inscribe en el ámbito de aplicación del presente proyecto.

Chile

Chile está de acuerdo con el concepto general expresado en el párrafo 5 del comentario, en cuanto a que el surgimiento de responsabilidad requiere de la violación de una obligación internacional.

Artículo 2. Términos empleados

Austria

1. Austria apoya el criterio adoptado por la Comisión de limitarse a las organizaciones intergubernamentales, ya estén basadas oficialmente en un tratado o en otra expresión de voluntad común. No sería en absoluto realista tratar de trascender este hecho e incluir a las ONG.

2. Aunque el proyecto de artículo 2 se abstiene de definir expresamente las organizaciones internacionales, incluye «términos empleados» que suscitan algunas preguntas:

a) En primer lugar, sería interesante saber si las entidades creadas en virtud de tratados internacionales pero de carácter embrionario, como los órganos establecidos para vigilar la administración de los tratados, especialmente en los ámbitos de los derechos humanos y el medio ambiente, o las secretarías, deberían también inscribirse dentro del ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Si tales entidades conciertan acuerdos de sede y no cumplen con ellos, ¿quién asumiría la responsabilidad? Entre el vasto número de ejemplos pertinentes, cabe mencionar el establecimiento de una secretaría permanente de la Convención Internacional para la Protección de los Alpes en Innsbruck (Austria). Ya se puede observar una incipiente tendencia general a considerarlas, en un sentido práctico, organizaciones internacionales;

b) En segundo lugar, el nuevo requisito específico de estar «dotada de personalidad jurídica internacional propia» parece ser problemático. En lugar de ser una condición previa para ser considerada una organización internacional, «dotada de personalidad jurídica internacional propia» parece ser una consecuencia jurídica de ser una organización. Hay opiniones divergentes entre los académicos sobre este particular. No obstante, el propio comentario y, en particular, los casos de la CIJ a que se refieren los párrafos 8, 9 y 11 del comentario al proyecto de artículo 2, parecen sustentar la opinión de que las organizaciones internacionales poseen personalidad jurídica internacional por el hecho de ser organizaciones de esa naturaleza. Si tal es el caso, el hecho de poseer personalidad jurídica internacional no puede servir para limitar el número de organizaciones internacionales que se inscriben dentro del ámbito de aplicación de este proyecto de artículos. Viene a corroborar esto el preámbulo de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, según el cual las organizaciones internacionales tienen capacidad para celebrar tratados, lo que es necesario para el ejercicio de sus funciones y el logro de sus objetivos. Por estos motivos, este calificativo es superfluo;

c) En tercer lugar, en calidad de país anfitrión de varias organizaciones internacionales, Austria ha examinado detenidamente los ejemplos prácticos, el más pertinente de los cuales es el de la OSCE. La Comisión parece reconocer la naturaleza de la OSCE como una organización internacional y, en consecuencia, como una entidad jurídica internacional. Las negociaciones en el seno de la OSCE para dotarla de personalidad jurídica han demostrado, sin embargo, que por el momento no es una organización internacional según los términos del proyecto de artículo 2. El hecho de que no haya tratado constitutivo no implica necesariamente que haya otro «instrumento regido por el derecho internacional» por el que se establece la organización internacional. Las objeciones

de los miembros de la OSCE llegan al punto de afirmar que no existe ningún instrumento constitutivo. Además, las resoluciones de la OSCE no se rigen por el derecho internacional. Un ejemplo más pertinente sería, a juicio de Austria, la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares establecida en virtud de una resolución de 19 de noviembre de 1996, cuya personalidad jurídica internacional no es contestada[1].

3. En el apartado *c* del proyecto de artículo 2, el término «agente» se define como las personas «por medio de las cuales la organización actúa». Sin embargo, esta redacción suscita dudas sobre la viabilidad de la definición en el sentido jurídico. Si la conducta de un agente puede ser atribuida a una organización internacional, esta está actuando «por medio de esta persona». En otras palabras, la expresión «por medio de las cuales la organización actúa» hace referencia a la consecuencia o el resultado jurídico de la atribución de un comportamiento, pero no define el término «agente». Por esta razón, el apartado *c* se debería basar en la redacción precisa de la definición pertinente dada por la CIJ en su opinión consultiva *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[2]. Por consiguiente, este proyecto de artículo debería basarse en el artículo 5 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, en lugar del artículo 4. Así, la definición podría formularse como sigue:

«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.»

[1] Véase el Acuerdo entre la República de Austria y la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares relativo a la sede de la Comisión, suscrito en Viena, el 18 de marzo de 1997 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1998, n.º 34224, pág. 3).

[2] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

Bélgica

1. En primer lugar, Bélgica observa que la definición del término «agente» es imprecisa y puede conducir a una ampliación excesiva de los casos en los que se podría invocar la responsabilidad de una organización internacional por hechos cometidos, por ejemplo, por un subcontratista.

2. Bélgica observa además que falta una definición del concepto de «órgano».

3. Bélgica quisiera sugerir a la Comisión que, o bien formule nuevamente esta disposición retomando fielmente los artículos sobre la responsabilidad del Estado, en particular los artículos 5 y 8, bien precise y limite la noción de agente por medio del comentario al proyecto de artículo, o bien modifique el apartado *c* como sigue:

«El término "agente" comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa directamente y de conformidad con su reglamento interno.»

Cuba

1. La definición de «organización internacional» no se corresponde con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, ni con la necesidad de coherencia entre las normas del derecho internacional. La Convención de Viena especifica la naturaleza intergubernamental de las organizaciones internacionales, mientras que en el proyecto de artículos se amplía el espectro de esa naturaleza al incluirse el término «otras entidades», que no debe formar parte de esa definición.

2. Cuba considera que debe mantenerse la definición de organizaciones internacionales prevista en la Convención de Viena, a fin de lograr una mayor congruencia y coherencia entre los instrumentos jurídicos internacionales relacionados con esta cuestión.

México

1. México considera que la Comisión siguió acertadamente el criterio de la personalidad jurídica «objetiva», conforme al caso emblemático de la CIJ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[1]. Asimismo, se concuerda plenamente en que la personalidad jurídica de la organización tiene que ser propia, es decir, independiente de sus miembros, teniendo como corolario que ello

> no excluye la posibilidad de que un comportamiento determinado sea atribuido a la vez a la organización y a uno o varios de sus miembros o a todos sus miembros[2].

Tanto la personalidad jurídica objetiva como el énfasis en la personalidad propia son premisas fundamentales para la funcionalidad y eficacia de los presentes artículos, tanto por lo que se refiere a la atribución de comportamiento como de responsabilidad a la organización y, en su caso, a sus miembros.

2. Respecto a la cuestión de que las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros a «otras entidades», además de Estados, ello refleja buena parte de la realidad de las organizaciones internacionales en la actualidad, lo que aumenta el ámbito de aplicación personal del presente proyecto más allá de las clásicas organizaciones intergubernamentales. México considera dicho enfoque adecuado. Sin embargo, pareciera que el proyecto se queda «a medio camino» al respecto, sobre todo a la luz de los comentarios respectivos. Si la intención es abarcar a aquellas organizaciones híbridas o mixtas, compuestas por Estados, otras organizaciones internacionales y entidades privadas, como se menciona en los comentarios[3], entonces la exclusión de las organizaciones creadas por instrumentos de derecho interno dejaría fuera del ámbito de aplicación a una serie de organizaciones híbridas cuyas actividades se desarrollan en la escena transnacional y cuyos comportamientos tienen una clara

[1] Opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

[2] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 10 del comentario al artículo 2.

[3] Ibíd., párr. 13.

incidencia para el derecho internacional. Estas cuestiones reflejan claramente las dificultades que plantea la diversidad de tipos de organizaciones internacionales que operan en la actualidad.

3. Habiendo dicho esto, queda perfectamente claro que codificar y desarrollar reglas para la responsabilidad de entes híbridos, creados en virtud del derecho privado nacional pero que actúan transnacionalmente, va más allá del objeto y alcance del presente proyecto. Por ello, quizá sería conveniente reflexionar sobre la posibilidad de mencionar explícitamente a dichos entes híbridos en los comentarios, concretamente en el párrafo 2 del comentario al artículo 2, donde se menciona que

> [e]l hecho de que una organización internacional no posea una o varias de las características indicadas en el apartado *a* del artículo 2 y, por lo tanto, no corresponda a la definición a los efectos de los presentes artículos, no significa que no se apliquen también a esa organización algunos principios y normas enunciados en los artículos siguientes.

4. En cuanto al elemento relativo a que las organizaciones internacionales pueden ser instituidas por un tratado «u otro instrumento regido por el derecho internacional», cabría preguntarse qué sucedería con organizaciones u entidades internacionales creadas por resoluciones o decisiones, aun cuando la entidad de que se trate no considere dicha resolución o decisión un acuerdo formal y dicho acto no se encuentre regido por el derecho internacional. Un caso interesante en este contexto es el Grupo de Acción Financiera (GAFI), sobre el blanqueo de capitales. Según su propia definición, se trata de un organismo intergubernamental, que comprende 32 Estados y 2 organizaciones internacionales como miembros, así como una serie de organizaciones con estatuto de observador. Cuenta con la asistencia de un secretariado ubicado en la OCDE (organización de la cual el GAFI no forma parte) y una presidencia rotatoria. Asimismo, cuenta con un mecanismo de monitoreo que «cubre más de 170 jurisdicciones», prevé la suspensión de sus miembros en caso de incumplimiento de sus recomendaciones e incluso una serie de criterios para que sus miembros apliquen «contramedidas» para «países y territorios no cooperativos», más allá de sus miembros. No obstante, y a diferencia de algunas de sus vertientes regionales, como el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), que fue creado por un memorando de entendimiento constitutivo firmado por diez países de la región[4], el GAFI no fue creado en virtud de instrumento formal alguno regido por el derecho internacional, sino mediante una declaración del Grupo de los Siete en 1988.

5. De tal suerte y pese a todas las características mencionadas, un organismo como el GAFI no estaría comprendido dentro del ámbito de aplicación de los presentes artículos. Tomando en cuenta el número y la importancia cada vez mayor de este tipo de organismos y redes intergubernamentales cuasiformales, sería oportuno que la Comisión considerase su mención en los comentarios. Ello podría hacerse, al igual que en el caso de las entidades híbridas o de composición mixta creadas por instrumentos de derecho privado doméstico, en el párrafo 2 del comentario del artículo 2.

[4] Memorando de Entendimiento sobre la fundación del GAFISUD, suscrito en Cartagena de Indias (Colombia), el 8 de diciembre de 2000.

Portugal

En relación con la definición de «agente», Portugal preferiría la redacción propuesta por el Relator Especial porque es más precisa que la definición aprobada. Además, es más acorde con la jurisprudencia de la CIJ establecida en su opinión consultiva de 1949 *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, según la cual

> [l]a Corte entiende el término «agente» en el sentido más amplio, es decir, cualquier persona, sea o no funcionario remunerado y tenga o no un contrato permanente, a la que un órgano de la Organización ha encomendado que ejerza, o que ayude a ejercer, una de sus funciones[1].

[1] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 177; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

República Checa

La República Checa considera que las «reglas de la organización» son parte del derecho internacional. Sin embargo, esas reglas no cumplen exactamente la misma función en todos los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Si bien en algunos casos resulta evidente que se trata de normas de naturaleza internacional (por ejemplo, en los proyectos de artículos 4 y 9), en otros casos cumplen una función análoga a la que desempeña el derecho interno en el contexto de las normas sobre la responsabilidad del Estado (proyectos de artículos 5 y 31).

Suiza

Suiza considera que la definición dada a la expresión «reglas de la organización» en el artículo 2, apdo. *b*, del proyecto de artículos no es lo suficientemente precisa para que se entienda su contenido exacto. Dada la importancia de ese concepto en el proyecto, a Suiza le parece necesario aclarar su contenido.

Segunda parte

EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Capítulo I

PRINCIPIOS GENERALES

Alemania

1. Alemania quisiera señalar a la atención de la Comisión el siguiente pasaje del párrafo 1 de su comentario a la introducción de la segunda parte, capítulo 1:

> El enunciado de unos principios generales se entiende sin perjuicio de la existencia de casos en que la responsabilidad internacional de una organización puede resultar del comportamiento de un Estado o de otra organización.

2. En el párrafo 2 del comentario introductorio al capítulo II, haciendo también referencia al pasaje citado, se destaca lo siguiente:

> Como se señalaba en el comentario introductorio del capítulo I, la responsabilidad de una organización internacional también puede existir, en determinados casos, cuando el comportamiento no es atribuible

a esa organización internacional. En tales casos el comportamiento se atribuiría a un Estado o a otra organización internacional. En este último supuesto, las normas relativas a la atribución de un comportamiento a una organización internacional también son aplicables.

3. En este sentido, sería de utilidad una aclaración que especificara el tipo de casos a que se refería la Comisión: si se trata (únicamente) de los casos en que una organización internacional ha asumido expresamente (por ejemplo, mediante la cláusula de un tratado) esa responsabilidad o caben otros supuestos en que una organización internacional incurrirá en responsabilidad internacional por un comportamiento que no se le puede atribuir en virtud del presente proyecto de artículos. A excepción del consentimiento de una organización internacional y de normas prescriptivas específicas en sentido contrario, es decir, *lex specialis*, Alemania considera difícil de concebir que una organización internacional sea responsabilizada por un comportamiento que no se le puede atribuir.

Artículo 3. Responsabilidad de una organización internacional por sus hechos internacionalmente ilícitos

Cuba

El concepto de «daño» debe incorporarse como elemento esencial en la definición del hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional, pues este elemento es el que determina la obligación de reparación, el cese de la violación o el ofrecimiento de garantías de no repetición hacia la parte perjudicada. Además, en el proyecto de artículo 33 se prevé el «perjuicio causado» como un elemento esencial del concepto cuando se refiere a la obligación de reparación, lo que es incoherente con la ausencia del «daño» en el concepto del hecho internacionalmente ilícito de las organizaciones internacionales.

Artículo 4. Elementos del hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional

Chile

En opinión de Chile, las acciones de las organizaciones internacionales realizadas en un territorio sometido a la jurisdicción de un determinado Estado podrían ser calificadas como lícitas de acuerdo a la legislación del territorio, por lo que sigue siendo útil incluir una disposición similar a la del artículo 3 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

Cuba

Véase el comentario correspondiente al proyecto de artículo 3.

Capítulo II

ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO A UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Alemania

1. Alemania quisiera destacar la importante conclusión incluida en el párrafo 5 del comentario introductorio de la Comisión al capítulo II, según el cual el proyecto de artículos no aborda expresamente esta cuestión, pero da a entender

que el comportamiento de las fuerzas militares de Estados o de organizaciones internacionales no es atribuible a las Naciones Unidas cuando el Consejo de Seguridad autoriza a Estados o a organizaciones internacionales a tomar medidas fuera de la jerarquía de mando que vincula esas fuerzas con las Naciones Unidas.

2. Aunque esta conclusión negativa no es, en sentido estricto, necesaria para explicar el presente proyecto, Alemania acoge con satisfacción el hecho de que la Comisión haya expresado una clara opinión sobre la lectura de su proyecto de artículos en lo que respecta a la importante cuestión de cómo atribuir la responsabilidad en el caso de las medidas militares adoptadas en virtud de una autorización del Consejo de Seguridad cuando las fuerzas operan *fuera* de la jerarquía de mando que las vincula con las Naciones Unidas.

México

México se congratula por el enfoque adoptado por la Comisión en este rubro. El párrafo 4 del comentario en la parte introductoria, en donde se aclara que la doble o incluso múltiple atribución de un comportamiento no puede excluirse, cobra especial importancia. Si bien ello en la práctica no es muy frecuente, como señala la Comisión, la doble o múltiple atribución de conducta resulta fundamental a fin de evitar que la atribución se diluya entre los diversos integrantes de la organización y se evada la cuestión de la responsabilidad internacional. A la luz de eventuales violaciones de derechos humanos, resulta de gran importancia evitar ese tipo de evasiones de responsabilidad. La doble o múltiple atribución es el criterio correcto para combatirlas.

Artículo 6. Comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional

Alemania

En lo que respecta al párrafo 9 del comentario al proyecto de artículo 6, en que se aborda la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Behrami et Behrami c. France* y *Saramati c. France, Allemagne et Norvège*[1], Alemania toma nota de que la Comisión, al explicar su percepción de «control efectivo» como criterio determinante en la atribución del comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional, considera que,

en la aplicación del control efectivo, el control «operacional» parecería que desempeña una función más significativa que el control «en última instancia», ya que este apenas tiene alguna intervención en el hecho en cuestión.

[1] Decisión (Gran Sala) de 2 de mayo de 2007 sobre la admisibilidad de las demandas n.os 71412/01 y 78166/01, párrs. 29 a 33.

Austria

1. En comparación con el artículo 6 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, el proyecto de artículo 6 incluye un criterio diferente con miras a la atribución de un comportamiento. En el artículo 6 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, el criterio decisivo es el

ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra. En el presente proyecto de artículo 6, el criterio decisivo es únicamente el control efectivo sobre el comportamiento. Si bien el control es la razón básica de la responsabilidad, conviene añadir a este criterio el ejercicio de las funciones de la organización con objeto de excluir situaciones en que la organización ejerce efectivamente cierto control, aunque los hechos sean atribuibles a los Estados. Otra justificación de esta adición es la diferente formulación de control resultante de la práctica de diferentes cortes y tribunales internacionales. En este sentido, trata de combinar el artículo 6 con el artículo 8 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. No obstante, incluso en este último artículo referente a la atribución de actos de particulares a los Estados, el control no es el único criterio, sino que va acompañado de otros como instrucción y dirección, términos que arrojan cierta luz sobre la construcción del término «control».

2. Además, el proyecto de artículo 6 se limita a los órganos de un Estado o los órganos o agentes de otra organización internacional, pero no incluye a los particulares. En el caso de un particular que actúe bajo el control efectivo de una organización y ejerza sus funciones, ¿no implicaría un hecho suyo la responsabilidad de la organización? ¿Cuál sería la razón para excluir la situación de los particulares que actúen de semejante manera? Si, por ejemplo, una persona al servicio de una ONG actúa bajo el control efectivo de las Naciones Unidas en el transcurso de una operación de mantenimiento de la paz y ejecuta actos inscritos en las funciones de las Naciones Unidas, esos actos serían sin duda atribuibles a las Naciones Unidas. Es difícil de observar distinción alguna entre un caso así y la situación en que un órgano estatal actúe de tal manera. La Comisión podría considerar la conveniencia de incluir el comportamiento privado en el ámbito de aplicación de este proyecto de artículo.

Bélgica

Bélgica observa que la Comisión, en su comentario al proyecto de artículo (párr. 9), indica su voluntad de distanciarse de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Behrami*[1], que aplica el criterio del «control en última instancia y de la autoridad» en lugar del criterio del «control efectivo», propugnado por la Comisión, para establecer la responsabilidad de una organización a raíz del comportamiento de un órgano o un agente puesto a su disposición por un Estado u otra organización internacional. Bélgica lo celebra, pero quisiera sugerir a la Comisión que indique más explícitamente en el comentario que no tiene intención de seguir el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta cuestión.

[1] Decisión (Gran Sala) de 2 de mayo de 2007 sobre la admisibilidad de las demandas n.os 71412/01 y 78166/01, párrs. 29 a 33.

México

1. Desde un principio, México manifestó su clara preferencia por el control efectivo sobre el comportamiento como criterio para la atribución del comportamiento de un órgano o agente puesto a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional.

2. Como ha sido bien ilustrado en los comentarios de la Comisión al artículo 6, especialmente los que versan sobre recientes desarrollos jurisprudenciales, el control efectivo sobre el comportamiento debe entenderse como un criterio fáctico, es decir, como un control operacional sobre el comportamiento específico en cuestión. La referencia en los comentarios al artículo 6 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, concretamente a la «exclusiva dirección y control», cobran especial relevancia en este contexto.

3. El presente proyecto refleja nuevas realidades y tendencias de las organizaciones internacionales, lo cual resulta importante y loable. Por lo mismo, llama la atención que en el presente artículo no se incorpore la hipótesis de actores privados puestos a disposición de una organización internacional. Ello es perfectamente viable y es probable que ocurra cada vez con mayor frecuencia en el futuro. La Comisión podría considerar la incorporación de actores privados, tanto personas físicas como jurídicas, bajo el supuesto normativo del artículo 6.

República Checa

Sería apropiado establecer que para determinar quién ejerce el «control efectivo» se deben tener en cuenta todas las circunstancias fácticas del caso.

Suiza

El artículo 6 hace referencia a la noción de «control efectivo». A pesar del comentario relativamente largo y con abundantes ejemplos ofrecido por la Comisión, parecería que se ha omitido abordar una cuestión, a saber, la definición misma de lo que constituye el «control efectivo». Dado que este concepto fue objeto de una controversia entre la CIJ (casos *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua *c.* Estados Unidos)[1] (1986), y *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina *c.* Serbia y Montenegro)[2] (2007)) y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (causa *Tadić*[3]), Suiza hubiera deseado una aclaración. ¿Cuáles son los criterios para reconocer que una organización internacional posee un control efectivo sobre los órganos o agentes que tiene a su disposición? ¿Es este el mismo razonamiento que el sostenido por la CIJ?

[1] Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 14; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210.

[2] Fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, pág. 43.

[3] *Prosecutor v. Duško Tadić*, caso n.º IT-94-1-A, fallo de 15 de julio de 1999, ILR, vol. 112, pág. 369.

Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

República Checa

El proyecto de artículo 7 no establece claramente la diferencia cualitativa que existe entre una extralimitación en la competencia cometida por la organización misma (en relación con la naturaleza específica de su personalidad jurídica) y una extralimitación en la competencia cometida por un órgano o agente suyo a título individual. A pesar de la redacción actual del artículo, la Comisión trata en su

comentario de ampliar esta regla de atribución para que cubra ambas situaciones, lo que es muy cuestionable; además, el comentario se contradice a sí mismo en algunos casos. La clave debería radicar en la interpretación de las palabras «en esa condición». En los casos en que debe ser evidente para cualquier entidad (un Estado u organización internacional) que actúe de buena fe que un determinado comportamiento excede manifiestamente el alcance de la personalidad jurídica, especial y funcional, de la organización internacional de que se trate, el comportamiento *ultra vires* del órgano no debería atribuirse a la organización.

Suiza

En cuanto a los actos cometidos por una organización internacional, o por uno de sus órganos o agentes, que excedan la competencia de la propia organización internacional o la competencia atribuida a estos últimos, a Suiza le parece importante que se tenga en cuenta la buena fe. Por lo tanto, Suiza consideraría útil agregar al artículo 38, que trata de la contribución al perjuicio, una frase en la que se estableciera que, cuando el comportamiento de la organización internacional sea manifiestamente ilícito, es decir, cuando los Estados o las organizaciones internacionales miembros estén en condiciones de darse cuenta de que el comportamiento es ilícito, dichos Estados u organizaciones internacionales deben comportarse de modo de limitar los perjuicios a que se exponen y no deben poder exigir reparación por un perjuicio sufrido que sea consecuencia de dicho comportamiento. Agregar esa frase sería especialmente útil cuando una organización internacional formulara una recomendación no vinculante.

Artículo 8. Comportamiento que una organización internacional reconoce y adopta como propio

Chile

En el párrafo 5 del comentario se señala que, respecto del órgano competente para reconocer y adoptar un acto como propio, se siguen las reglas de la organización. Sin embargo, es muy posible que las reglas de la organización no ayuden en todos los casos. Las reglas de la organización probablemente traten sobre las funciones de cada órgano y sobre qué órganos tienen el poder para obligar a la organización en instrumentos internacionales. Probablemente el caso de asunción de responsabilidad por actos de terceros no esté especificado en el instrumento constitutivo como función de ningún órgano. La aplicación por analogía de las reglas sobre los poderes de los diversos órganos para celebrar acuerdos u obligar a la organización de cualquier otro modo, no serían aplicables a casos de asunción de responsabilidad por actos de terceros. Puede ser que el órgano que haga este tipo de reconocimiento sea un órgano que tenga una posición media dentro del organigrama de la organización, y sería conveniente resolver si esos órganos pueden comprometer la responsabilidad de la organización por sus dichos o si solo pueden hacerlo los órganos directivos de la organización.

El Salvador

1. El proyecto de artículo 8, que se ha redactado de la misma forma que el artículo 11 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, prevé la posibilidad de atribuir responsabilidad a una organización internacional por un hecho que, por cualquier motivo, no le es atribuible inicialmente. Los casos en que un hecho no es imputable a una organización son muy variados, pues van desde los llevados a cabo por un agente de la organización ya removido hasta hechos ilícitos que son completamente ajenos a la competencia de la organización en cuestión, por lo que es inviable estipular detalladamente todos los casos en un proyecto de este tipo. En consecuencia, El Salvador apoya la incorporación de una regla general, tal como lo ha hecho la Comisión, que incluya una amplia gama de situaciones en las que la organización pueda adoptar un acto como propio, siempre que este no le sea atribuible por los cauces ordinarios.

2. Pese a que sería apropiado establecer una regla general, El Salvador también considera importante incluir en los comentarios —que, dado su carácter altamente ilustrativo, resultan de mucha utilidad para la comprensión de las normas y son particularmente beneficiosos cuando se presentan conflictos relativos a su interpretación—, un supuesto especialmente relevante: los actos *de facto*. Por actos *de facto*, El Salvador entiende aquellas acciones que realiza una persona sin estar facultada para actuar en nombre de la organización y, particularmente, los supuestos en que esa persona actúa en virtud de un nombramiento irregular, por encontrarse suspendida en sus funciones o haber terminado su nombramiento.

3. El Salvador observa que la única mención que puede encontrarse al respecto en el citado proyecto de artículos es el planteamiento recientemente adoptado por un Grupo Especial de la OMC en *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*, en que el Grupo Especial acepta 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»[1].

[1] OMC, ST/DS174/R, 15 de marzo de 2005, párr. 7.725. Véase también *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 4 del comentario al proyecto de artículo 63.

Sin embargo, este ejemplo resulta insuficiente para tratar una situación que se enmarca en una *lex specialis* y no en el contexto general del proyecto de artículos. El Salvador considera que la Comisión debería evaluar la posibilidad de incluir los actos *de facto*, al tratarse de un supuesto no previsto claramente en el proyecto de artículos y que no puede obviarse, en vista de la compleja estructura que presentan muchas organizaciones internacionales.

México

1. México concuerda con la Comisión en que los criterios que la guiaron al elaborar y aprobar el artículo 11 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado son aplicables *mutatis mutandis* a las organizaciones internacionales. Dado que varias organizaciones internacionales tienen dentro de sus funciones el tratamiento de situaciones que no implican comportamientos propios, la presente hipótesis normativa tiene una relevancia práctica potencial muy importante.

2. A juicio de México, sería conveniente que los comentarios retomasen de manera más clara el aspecto temporal. En los comentarios del artículo 11 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado se deja claro que la atribución puede darse con respecto a un comportamiento que ha sido reconocido o adoptado subsecuentemente como propio. Dicha aclaración sería también pertinente en el marco de los presentes artículos, sobre todo a la luz de reconocimientos o adopciones *ex post facto* por parte de organizaciones internacionales, de gran relevancia práctica en este contexto.

3. Asimismo, sería conveniente ahondar en los comentarios sobre los criterios que distinguen el reconocimiento y la adopción de un comportamiento como propio de un simple apoyo.

Capítulo III

VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 9. Existencia de violación de una obligación internacional

Portugal

En cuanto al párrafo 2 del proyecto de artículo 9, la redacción que se ha adoptado es más clara que la del proyecto anterior. Portugal entiende que algunas de las «reglas de la organización», como las reglas internas de índole meramente procesal o administrativa o las normas de derecho privado que rigen las relaciones entre la organización y los sujetos de derecho internacional, no constituyen derecho internacional. En otras palabras, la afirmación de que «en principio, las reglas de la organización forman parte del derecho internacional»[1] es demasiado vaga y no tiene la precisión que debería caracterizar al discurso jurídico.

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UN ESTADO O DE OTRA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Cuba

1. En relación con el alcance que tiene la responsabilidad de una organización internacional por la ayuda o asistencia prestadas o la coacción ejercida contra un Estado u otra organización internacional, previstas en los proyectos de artículos 13 a 15, Cuba observa que se encuentra limitado por tres requisitos teóricos de desarrollo progresivo: en primer lugar, la organización debe conocer las circunstancias en virtud de las cuales el comportamiento de la organización internacional que recibe la asistencia es internacionalmente ilícito; en segundo lugar, la ayuda o asistencia deben prestarse para facilitar la comisión de ese hecho, lo que debe ocurrir efectivamente; y, en tercer lugar, el acto realizado debe ser tal que hubiera sido ilícito si lo hubiera cometido la propia organización internacional que presta la asistencia. Tales exigencias hacen difícil la imputación a una organización internacional de responsabilidad por la ayuda, dirección o control que esta ha prestado o ejercido en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, lo cual facilita indudablemente la proliferación de hechos violatorios del derecho internacional.

2. Cuba considera que debe introducirse una nueva disposición de desarrollo progresivo en relación con la imputación a un Estado o a una organización internacional de responsabilidad por su participación en el hecho internacionalmente ilícito. Esta nueva disposición deberá contener una presunción que establezca que todo Estado u organización internacional que ayude a otro a cometer un hecho ilícito lo hace conociendo las circunstancias del mismo.

Artículo 13. Ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito

Cuba

1. Debe eliminarse el requisito de que el hecho sería ilícito si fuese cometido por el Estado o la organización internacional que presta la ayuda o asistencia. Se propone en su lugar el desarrollo progresivo de una norma que establezca que los Estados y las organizaciones internacionales están obligados a no facilitar la comisión del hecho violatorio del derecho internacional.

2. Cuba propone eliminar el requisito de que la ayuda o asistencia deba hacerse con la intención de que la violación se cometa y que esta deba producirse efectivamente o, como otra variante, propone invertir la carga de la prueba estableciendo la presunción de que, quien ayuda a otro a delinquir a sabiendas de que ese es el objetivo, lo hace para que el hecho ilícito se cometa.

Suiza

Si bien el comentario del artículo 13 remite al artículo 16 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, cabe señalar que la intención no se menciona como condición en el texto de ninguno de esos dos artículos, sino que figura únicamente en el comentario de este último. Por lo tanto, dada la importancia fundamental que reviste esa condición, a Suiza le parecería adecuado que se precisara en el comentario del artículo 13 que el comentario del artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado resulta también aplicable en este caso.

Artículo 14. Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

Bélgica

Bélgica apoya el texto del proyecto de artículo tal como ha sido redactado por la Comisión, especialmente en cuanto establece con claridad el carácter acumulativo de las condiciones de «dirección y control», lo que refleja fielmente el proyecto de artículo 8 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Sin embargo, desea señalar a la atención de la Comisión una ambigüedad que surge de la lectura del párrafo 2 del comentario a esta disposición

[1] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 37.

cuando la Comisión cita un pasaje extraído de la memoria de Francia en el caso *Licéité de l'emploi de la force* (Yugoslavia *c.* Francia), en la que se da a entender que la dirección y el control podrían ser ejercidos por dos organizaciones internacionales diferentes[1].

[1] *Licéité de l'emploi de la force* (Yugoslavia *c.* Francia), objeciones preliminares de la República Francesa (5 de julio de 2000), *C.I.J Mémoires*, pág. 42, párr. 46.

CUBA

Cuba sugiere invertir la carga de la prueba en el caso de participación por dirección o control, de manera que se presuma la responsabilidad de la entidad que tiene el control general, y no *in situ*, y que sea esta quien deba probar que no ha tenido participación.

Artículo 15. Coacción sobre un Estado u otra organización internacional

ALEMANIA

1. Alemania celebra las conclusiones de la Comisión que figuran en el párrafo 2 de su comentario al proyecto de artículo 15, según el cual:

> [e]n las relaciones entre una organización internacional y sus Estados u organizaciones internacionales miembros, una decisión vinculante adoptada por la organización internacional solo puede dar lugar a coacción en circunstancias excepcionales.

En opinión de Alemania, lo correcto es entender que la coacción a la que se refiere el párrafo 3 debe ser un comportamiento que *fuerce* la voluntad del Estado coaccionado. Por lo tanto, una decisión vinculante *por sí misma* no constituye coacción en el sentido de este artículo. En opinión de Alemania, ello es justamente lo que la Comisión quiere decir cuando señala en este contexto que la coacción solo puede tener lugar en «circunstancias excepcionales». De aceptarse esta interpretación, el párrafo 3 del comentario podría causar malentendidos, por lo que sería mejor que se precisara mejor ese concepto.

2. Cabe recordar otra diferencia importante entre el proyecto de artículo 16, que trata expresamente el caso de las decisiones vinculantes por las que una organización internacional obliga a un Estado miembro, y el proyecto de artículo 15. Si bien el proyecto de artículo 16 —al igual que el proyecto de artículo 14 sobre «dirección y control» que, como se señala en los párrafos 3 y 4 del comentario al proyecto de artículo 14, también podría ser aplicable en este contexto— incluye el requisito de que el hecho cometido por el Estado deba ser ilícito para la *organización internacional*, este requisito *no* está incluido en el proyecto de artículo 15. El proyecto de artículo 15 se refiere solo al *Estado* coaccionado que, de no mediar coacción, infringiría una obligación. Por lo tanto, si bien los proyectos de artículos 14 y 16 establecen correctamente el principio de que una organización internacional, al adoptar una decisión vinculante, necesita tener en cuenta solo sus propias obligaciones y no las obligaciones de todos sus miembros, la consecuencia debe ser que una decisión vinculante *por sí misma* no puede considerarse en el contexto del proyecto de artículo 15 como un caso de «coacción». Solo cuando una decisión vinculante vaya acompañada de otra acción ilegal, como la amenaza del uso de la fuerza o su uso efectivo, resulta aplicable el proyecto de artículo 15. Si bien esta interpretación se desprende del comentario de la Comisión y de la estructura misma del proyecto de artículos, sería conveniente incluir una aclaración adicional para excluir totalmente cualquier malentendido del ámbito de aplicación de este proyecto de artículos.

Artículo 16. Decisiones, autorizaciones y recomendaciones dirigidas a los Estados y las organizaciones internacionales miembros

ALEMANIA

Si bien en general Alemania vería con agrado que se aprobara una disposición como la del proyecto de artículo 16, que tiene por finalidad impedir que una organización internacional evada su responsabilidad, tiene serias dudas sobre si la redacción de este proyecto de artículo es suficientemente precisa. En los párrafos 1 y 2, apdo. *a*, del proyecto de artículo se establece que una organización internacional incurre en responsabilidad en los casos en que la organización «eludiría» una obligación internacional. El término «eludir», sin embargo, no está definido claramente y sigue siendo difícil comprender su significado preciso. Si bien Alemania entendería y apoyaría una redacción por la que se interpretara la elusión como un *ejercicio indebido* e intencional de las facultades de una organización con objeto de evadir su responsabilidad, en el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 16 se señala que

> [n]o es necesario que la organización internacional tenga la intención específica de eludir su obligación. Así, por ejemplo, cuando una organización internacional pide a sus miembros que observen determinado comportamiento, el hecho de que esa organización eluda una de sus obligaciones internacionales puede inferirse de las circunstancias.

De interpretarse la «elusión» como un «ejercicio indebido» que requiere una elusión intencional, de ninguna manera perdería su sentido la segunda oración de este comentario. Incluso si se exigiera una «intención específica de eludir su obligación», seguiría siendo plenamente aceptable, e incluso necesario, inferir esa intención del comportamiento de la organización desde el punto de vista de un observador razonable que tuviera plenamente en cuenta las circunstancias del caso, y el término «eludir» quedaría más claramente definido.

AUSTRIA

1. Debería reconsiderarse la idea contenida en el proyecto de artículo 16, párr. 2, apdo. *b*. Es dudoso que esta norma, en su redacción actual, contribuya a aclarar la relación que existe entre la responsabilidad de un Estado miembro que actúa ilegalmente con autorización o por recomendación de una organización y la responsabilidad de esta última, dado que la idea de que el hecho deba cometerse a causa de esa autorización o recomendación de la organización resulta bastante vaga. Para que el hecho internacionalmente ilícito de un Estado miembro genere responsabilidad para la organización que autoriza o recomienda ese hecho, debe existir una conexión muy estrecha entre esa autorización o recomendación y el hecho cometido por el Estado miembro. Esta idea podría comunicarse, por ejemplo, mediante el uso de las

expresiones «en cumplimiento de» o «con arreglo a». Si se adoptara esta redacción, la organización sería responsable por los hechos no vinculantes mencionados anteriormente solo si el hecho ilícito cometido por el Estado miembro fuera consecuencia directa de la autorización o recomendación. Todo hecho ilícito que no fuera necesario para llevar a la práctica una autorización o recomendación relacionadas con él no haría incurrir a la organización en responsabilidad.

2. Sin embargo, cabría preguntarse si se debería considerar que una organización internacional es responsable por sus recomendaciones y autorizaciones y hasta qué punto, en particular, en comparación con el caso de las decisiones vinculantes. Con respecto a las autorizaciones, ¿puede una mera autorización generar responsabilidad internacional de la organización dado que, en ese caso, esta última sería responsable por hechos que no le son atribuibles? El proyecto sobre la responsabilidad del Estado no atribuye responsabilidad sobre la base de la incitación a cometer esos hechos, y, por lo tanto, cabría preguntarse por qué las organizaciones internacionales deben ser responsables por recomendaciones que se asemejan a incitaciones en cuanto a sus efectos. Aunque Austria no descarta que pueda establecerse esa responsabilidad, sería aconsejable contar con más información sobre sus fundamentos y los límites que tendría. A ese respecto, el comentario podría ser más completo. Por ejemplo, podrían surgir problemas si la organización recomendara a un Estado la comisión de un hecho que infringiera obligaciones de la organización, pero no del Estado. El proyecto de artículo 16, párr. 2, apdo. *b*, en su redacción actual, hace responsable a la organización aunque esta no infrinja una norma de derecho internacional, y esta norma no se infringe porque una mera recomendación no basta para cometer una infracción. Parece que sería necesario encontrar respuesta a varios interrogantes en relación con esta cuestión antes de que pueda adoptarse una decisión definitiva. Al respecto, sería ciertamente útil la aclaración mencionada anteriormente de la relación entre el hecho del Estado y la recomendación de la organización.

Bélgica

1. Bélgica estima que el requisito de que la organización internacional eludiría una obligación internacional si hubiera cometido ella misma el hecho internacionalmente ilícito, que figura en el párrafo 1 *in fine* de esta disposición, introduce una exigencia subjetiva demasiado estricta que, por otra parte, hace que la disposición se vuelva muy difícilmente aplicable.

2. Por lo tanto, Bélgica propone eliminar la última parte de la frase, a partir de «y por el cual esta eludiría una obligación internacional propia».

México

1. Este precepto trata, por un lado, de decisiones vinculantes de organizaciones internacionales (art. 16, párr. 1), y, por el otro, de autorizaciones o recomendaciones de dichas organizaciones (art. 16, párr. 2). El primer supuesto es claro. En el segundo se trata de una hipótesis que se encuentra en el límite con una situación de instigación de comportamiento. México está convencido de que la evasión de la responsabilidad, sea por parte de los miembros o de la organización que agrupa a los miembros, debe combatirse y evitarse en la medida de lo posible, y que ese debe ser el objeto y fin de los presentes artículos. En ese sentido, México da la bienvenida al precepto establecido en el artículo 16, párr. 2.

2. Sin embargo, al no haber reglas claras sobre la instigación como criterio para atribuir responsabilidad, salvo en casos concretos establecidos en tratados como la instigación al genocidio[1], México considera que la responsabilidad de una organización derivada del comportamiento de uno de sus miembros que actúa siguiendo una recomendación o una autorización de la primera debería darse en función de que dicho comportamiento sea conforme a la autorización o recomendación, y no simplemente a causa de esa autorización o recomendación. Esto último pareciera ser un criterio muy vago que podría abarcar la instigación en términos generales.

República Checa

El propósito del proyecto de artículo 16, tal como lo entiende la República Checa, es asegurar que las organizaciones internacionales no eludan su responsabilidad en los casos en que un Estado miembro viole una obligación internacional cuando actúa en cumplimiento de una solicitud de la organización internacional. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en particular en la causa *Bosphorus*[2]) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en particular en el asunto *Kadi*[3]) es inequívoca, lo que se refleja en el comentario de la Comisión.

[1] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 69, párr. 9 del comentario al capítulo IV del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

[2] *Bosphorus Hava Yollarõ Turizm ve Ticary Anonim Şirkyi (Bosphorus Airways) c. Irlande* [Gran Sala], sentencia de 30 de junio de 2005, n.º 45036/98, *Recueil des arrêts et décisions 2005-VI*.

[3] Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, Recopilación de jurisprudencia, 2008*.

Capítulo V

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

México

1. En su momento, México fue uno de los Estados que manifestaron que las circunstancias que excluyen la ilicitud representan una de las partes más difíciles del presente proyecto al encontrarse demasiado cercanas a las reglas correspondientes del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, cuando se trata de circunstancias de hecho muy distintas. Así, por ejemplo, México mencionó en el debate de la Sexta Comisión de 2004 que la Comisión debería tomar en cuenta que «el interés esencial de una organización no puede, por definición, equipararse al interés esencial de un Estado»[1]. México se congratula

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C/6/59/SR.23), párr. 27.

al observar que el artículo 24 ha retomado esta distinción fundamental, especialmente al delimitar el interés esencial al «de la comunidad internacional en su conjunto» (párr. 1, apdo. *b*). No obstante, ello podría ser de difícil determinación en casos concretos.

2. En términos generales, México sigue viendo dificultades prácticas en la eventual invocación de las circunstancias que excluyen la ilicitud de las organizaciones internacionales, especialmente en los casos de «estado de necesidad» (art. 24), «contramedidas» (art. 21) y «legítima defensa» (art. 20).

Artículo 19. Consentimiento

AUSTRIA

1. Es necesario preguntarse en qué casos el consentimiento dado por una organización internacional a un hecho determinado cometido por otra organización constituye una circunstancia que excluye la ilicitud del comportamiento de esta última. Si bien el consentimiento válido dado por un Estado es una circunstancia que excluye la ilicitud según el proyecto sobre la responsabilidad del Estado, esta cuestión dista de ser tan clara en lo que respecta a las organizaciones internacionales. En primer lugar, el consentimiento dado por las organizaciones internacionales no es comparable en todos sus aspectos al consentimiento dado por los Estados, especialmente en razón de las limitadas facultades que tienen las organizaciones internacionales si se las compara con las de los Estados y de que, si se violan los derechos de una organización, pueden verse afectados también los derechos de sus miembros.

2. En ese contexto, se plantean varios interrogantes: ¿el consentimiento o la autorización de carácter general establecidos en una resolución no vinculante, por ejemplo, una resolución de la Asamblea General, equivale a consentimiento en el sentido que le dan los artículos sobre la responsabilidad del Estado? Calificar el consentimiento con el término «válido» no resuelve el problema, dado que no es claro si una mera recomendación constituye consentimiento. De ser así, ¿ese consentimiento prevalece realmente por sobre las obligaciones que surgen de un tratado? Por un lado, cabe sostener que una resolución no vinculante no podría constituir consentimiento con el efecto jurídico de excluir la ilicitud con arreglo a los artículos sobre la responsabilidad del Estado. En cambio, si una resolución por la que se expresa consentimiento es jurídicamente vinculante, ese consentimiento dado por la organización internacional no solo puede constituir una circunstancia que excluiría la ilicitud, sino que plantearía un conflicto de normas en derecho internacional. Por lo tanto, es necesario precisar más este proyecto de artículo en lo que respecta a la naturaleza del consentimiento y sus efectos.

Artículo 20. Legítima defensa

AUSTRIA

La defensa de la misión de una organización internacional fundada en un mandato internacional no parece estar prevista en la redacción actual del proyecto de artículo 20. Además, sigue sin darse respuesta a otros dos interrogantes: en primer lugar, ¿puede la organización internacional invocar (como si fuera un Estado) la legítima defensa si se está atacando un territorio que se encuentra bajo su control y/o administración? El comentario parece proporcionar una respuesta afirmativa. En segundo lugar, ¿está justificada la organización internacional si defiende sus locales en el territorio del Estado anfitrión, sea contra ataques de ese Estado o de cualquier otro Estado que ataque al Estado anfitrión? Aquí tampoco parece claro si los principios de derecho internacional consagrados en la Carta de las Naciones Unidas justifican la adopción de esa medida. Dado que en general las organizaciones internacionales ejercen sus funciones en un Estado anfitrión, es necesario aclarar estos interrogantes, al menos en el comentario.

REPÚBLICA CHECA

El concepto de legítima defensa, que fue elaborado para los Estados pero que debería aplicarse también a las organizaciones internacionales, parece especialmente problemático, aunque es probable que solo sea pertinente en relación con los actos de un pequeño número de organizaciones, como las que administran un territorio o despliegan una fuerza armada. En relación con estos dos ejemplos, no se puede sino estar de acuerdo en que la legítima defensa puede aplicarse en el primer caso, dado que en ese supuesto una organización internacional puede desempeñar excepcionalmente funciones similares a las de un Estado (por ejemplo, la Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental o la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo). En cuanto a su aplicación en el segundo caso, la propia Comisión relativiza esa posibilidad al señalar que la cuestión de la medida en que las fuerzas de las Naciones Unidas tienen derecho a recurrir a la fuerza depende de las normas primarias relativas al alcance de la misión. Sin embargo, si el derecho a recurrir a la fuerza depende exclusivamente de las normas primarias relativas al mandato de la misión, la inclusión de la legítima defensa en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales no tiene demasiado sentido.

REPÚBLICA DE COREA

Véanse los comentarios generales *supra*.

Artículo 21. Contramedidas

ALEMANIA

1. Alemania opina que la cuestión de las contramedidas adoptadas por las organizaciones internacionales contra los Estados debería excluirse del alcance del proyecto de artículos. Esta convicción se basa en que, a pesar de que la práctica de la UE es considerable, todavía no se han resuelto numerosos interrogantes sobre la relación entre las organizaciones internacionales y los Estados no miembros. En opinión de Alemania, la relación entre una organización internacional y sus miembros, en cambio, se rige por definición por las normas internas de la organización. Por lo tanto y como regla general, no hay lugar para la adopción de contramedidas entre

una organización internacional y sus miembros. Alemania entiende que ello es así no solo en relación con la cuestión de las contramedidas adoptadas por los Estados miembros contra una organización internacional, sino también y especialmente en relación con las contramedidas adoptadas por una organización internacional contra sus Estados miembros. Al respecto, Alemania piensa que las contramedidas deberían distinguirse claramente de las medidas adoptadas por una organización internacional contra sus miembros con arreglo a las disposiciones internas de la organización. Resulta más apropiado considerar que estas medidas constituyen sanciones reguladas por un conjunto de normas específicas, lo que se aplica también a las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad. Por lo tanto, Alemania disiente con el enfoque actual de la Comisión de incluir las contramedidas en el proyecto de artículos.

2. Si, a pesar de todo, se decidiera incluir las contramedidas en el proyecto de artículos, Alemania, a la luz de lo expuesto precedentemente, considera necesario que se establezca con claridad en el proyecto de artículo y en su comentario que la adopción de contramedidas por una organización internacional contra sus miembros debe restringirse a circunstancias muy excepcionales. Como se destacó anteriormente, como regla general no hay lugar para esas contramedidas. Por lo tanto, cabe encomiar el proyecto de artículo en la medida en que, en el párrafo 2, establece correctamente que una organización internacional *no* podrá tomar contramedidas contra un Estado miembro que sea responsable. El proyecto de artículo, sin embargo, prevé una excepción siempre que se cumplan dos condiciones: que las contramedidas no sean incompatibles con las reglas de la organización y que no existan medios adecuados para que la organización internacional induzca al Estado miembro (o a la organización internacional miembro) responsable a cumplir sus obligaciones. En cuanto a la primera condición que debe darse para que pueda aplicarse esta excepción, Alemania considera que es necesario dejar bien en claro en el comentario que las contramedidas se presumirán *incompatibles* con las normas de la organización a menos que existan indicios claros de que las disposiciones internas de la organización (que también podrían contemplar sanciones) *no tenían* por finalidad regular exclusivamente la relación entre la organización y sus miembros.

3. A diferencia de la relación entre los Estados, a la que se aplican principalmente normas generales de derecho internacional que ceden solo ante una *lex specialis* en los casos en que esta última ha sido acordada especialmente o se ha desarrollado de alguna otra manera, la relación entre una organización internacional y sus miembros surge de un hecho intencional de estos últimos. Por lo tanto, corresponde a los miembros de la organización estipular y definir con precisión la relación que existe entre ellos y la entidad jurídica internacional recientemente establecida, incluidas las facultades jurídicas que esta puede ejercer si uno de sus miembros incumple una obligación que tiene para con la organización. En cuanto a la aplicación de la *lex specialis*, en opinión de Alemania simplemente no existe la posibilidad de recurrir al derecho internacional general, a menos que se estipule expresamente lo contrario, lo que debe quedar muy claramente establecido en el proyecto de artículos o en su comentario.

Austria

1. La Comisión ha establecido que

> los presentes artículos, aunque se refieren a la invocación de la responsabilidad por un Estado o una organización internacional, no tratan de las cuestiones relativas a la invocación de la responsabilidad del Estado[1].

Por consiguiente, es claro que las cuestiones relativas a las contramedidas adoptadas por una organización internacional contra un Estado no están comprendidas en el alcance de los presentes artículos. Sin embargo, el proyecto de artículo 21, párr. 1, se refiere a la exclusión de la «ilicitud de un hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización para con un Estado», por lo que se reconoce que es concebible que una organización internacional adopte contramedidas contra un Estado. Además, dado que el Relator Especial opina que «es más probable que una organización internacional adopte contramedidas frente a un Estado responsable»[2], la pregunta de si las organizaciones internacionales tienen el derecho, en general, de adoptar contramedidas contra Estados y en qué medida pueden hacerlo debe seguir analizándose en el contexto de los presentes artículos. Esta cuestión ciertamente se marca en la regla general sobre la invocación de responsabilidad por las organizaciones internacionales y la preocupación de Austria es que, de no resolverse esta cuestión, quedará una laguna importante en la labor de la Comisión sobre la responsabilidad en el derecho internacional.

2. El párrafo 2 del proyecto de artículo 21 parece hacer referencia a las contramedidas que se adopten contra los miembros de una organización internacional, ya se trate de Estados o de organizaciones internacionales. Austria apoya la opinión de que debe darse un trato distinto a los miembros de organizaciones internacionales que a los terceros, especialmente en lo que respecta a las contramedidas, y propone que se aclare si el calificativo «miembro» se aplica también a las organizaciones internacionales que son miembros de la organización de que se trate.

[1] Párr. 2 del comentario a la cuarta parte.

[2] Séptimo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/610, párr. 62.

Chile

Véase el comentario del artículo 51 *infra*.

Portugal

1. Si la cuestión de las contramedidas es controvertida en lo que respecta a los Estados, se vuelve aún más problemática en lo que respecta a las organizaciones internacionales. En el contexto de las organizaciones internacionales, esta cuestión plantea interrogantes muy complejos que pueden conducir a ciertas paradojas. Además, es posible que los ejemplos citados repetidamente por el Relator Especial sobre la base de la experiencia de la CE y de la OMC sean la forma menos apropiada de evaluar la conveniencia de este proyecto de artículos, y solo muestra que no hay prácticas en esta materia y que es difícil dar soluciones jurídicas adecuadas, generales y abstractas.

2. Es necesario ser cautelosos al distinguir entre las contramedidas y otras medidas similares, y cuando se traza una distinción entre ellas deben tenerse en cuenta sus fuentes, así como su fundamento jurídico, naturaleza y finalidad. Por ejemplo, las sanciones del Consejo de Seguridad no pueden considerarse contramedidas. Tampoco deberían considerarse contramedidas las medidas que adopta una organización internacional contra uno de sus miembros con arreglo a sus disposiciones internas.

Artículo 24. Estado de necesidad

ALEMANIA

Existen razones de peso para autorizar a las organizaciones internacionales a invocar el estado de necesidad solo en ciertas circunstancias muy puntuales en que se tiene en cuenta el carácter especial de las organizaciones internacionales, que es distinto del de los Estados. En ese contexto, resulta comprensible que se haya establecido la restricción prevista en el párrafo 1, apdo. *a*, del proyecto de artículo 24, según la cual las organizaciones internacionales pueden invocar ese principio solo cuando

sea el único modo para la organización de salvaguardar contra un peligro grave e inminente un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto cuando la organización, en virtud del derecho internacional, tiene la función de proteger ese interés.

Sin embargo, la restricción va demasiado lejos, puesto que las organizaciones internacionales difieren entre sí en cuanto a sus respectivas funciones y competencias. No todas las organizaciones tienen la función de proteger un interés esencial de la comunidad internacional, pero en general protegerán un interés legítimo y posiblemente incluso un interés esencial de sus miembros. Por lo tanto, es preferible adoptar una disposición similar a la que se hace referencia en el párrafo 4 del comentario al artículo 24, en el sentido de que una organización internacional puede invocar el estado de necesidad cuando sea el único modo para la organización de salvaguardar contra un peligro grave e inminente un interés esencial de sus Estados miembros cuando la organización tiene la función de proteger ese interés.

AUSTRIA

1. La práctica de las organizaciones internacionales muestra claramente que el principio del estado de necesidad tiene considerable importancia práctica, al menos en dos ámbitos puntuales: el estado de necesidad operacional se aplica en el contexto de las misiones de mantenimiento de la paz, en tanto que el estado de necesidad militar se aplica en el contexto de las misiones de imposición de la paz (o de acciones militares realizadas en el marco de las misiones de mantenimiento de la paz). Tanto los Estados como las organizaciones internacionales aplican estos principios.

2. Austria está de acuerdo con que el estado de necesidad no debería poder ser invocado por organizaciones internacionales con la misma amplitud que por los Estados. Es posible que la referencia a «un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto» tenga por finalidad elevar el umbral para excluir la ilicitud de un hecho cometido por una organización internacional. Sin embargo, no es suficientemente claro mencionar ese interés esencial sin calificarlo de otro modo. No obstante, este problema sería menor si se vinculara el estado de necesidad al mandato de la organización.

3. Por lo tanto, Austria preferiría que el estado de necesidad pudiera invocarse solo si el hecho en cuestión constituyera el único modo que tiene la organización de cumplir su mandato. Solo entonces podrá la organización invocar el estado de necesidad respecto de aquellos Estados (miembros) que han aceptado el mandato de la organización o se encuentran obligados por él. Es obvio que puede argumentarse que el mandato en sí mismo es, en ambos casos, el fundamento jurídico de la legalidad del acto. Puede aceptarse que una organización internacional invoque el estado de necesidad operacional respecto de terceros Estados si el mandato de la organización persigue un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto. En cualquier caso, es necesario seguir examinando los efectos jurídicos que surte el instrumento constitutivo en sí en relación con terceros Estados que no reconocieron a la organización internacional que realizó el hecho.

4. La práctica internacional de la OTAN, las Naciones Unidas y la OEA, entre otras, muestra que las organizaciones internacionales consideran el estado de necesidad operacional y militar como un principio basado ante todo en el derecho consuetudinario.

CUBA

Cuba considera que debe mantenerse la formulación negativa de este proyecto de artículo, así como el párrafo 2 tal cual se encuentra regulado actualmente. Sin embargo, estima que debe definirse «interés esencial», y que este no debe incluir los usos menores de la fuerza ni la llamada «función de proteger», aunque sí deben quedar recogidas la salvaguardia del medio ambiente y la preservación de la existencia misma del Estado y de su población en un momento de emergencia pública.

TERCERA PARTE

CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 31. Irrelevancia de las reglas de la organización

MÉXICO

La irrelevancia de las reglas de la organización como justificación del incumplimiento de las obligaciones que incumben a esa organización en virtud del derecho internacional es otro de los casos en que México considera que la analogía con la regla correspondiente para los Estados, es decir, la irrelevancia del derecho interno como justificación del incumplimiento, es problemática. Se ha comentado ampliamente que las reglas de la organización pueden ser tanto reglas internas como normas de derecho internacional. Dicha inconsistencia normativa podría generar serios problemas en la aplicación del presente artículo.

República de Corea

El proyecto de artículo 31 tiene su origen en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y el artículo 32 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, que prohíbe a los Estados invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, a diferencia de los Estados, las organizaciones internacionales actúan y tienen una competencia funcional limitada que surge de sus instrumentos constitutivos y sus reglas internas. El proyecto de artículo debería reformularse para destacar que las organizaciones internacionales no pueden invocar sus reglas internas con la única finalidad de justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Capítulo II

REPARACIÓN DEL PERJUICIO

Artículo 39. Medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de reparación

Alemania

1. En cuanto al proyecto de artículo 39 y su comentario, Alemania está plenamente de acuerdo con la conclusión expresada por la Comisión en el párrafo 2 del comentario a ese proyecto de artículo, en el sentido de que no nace ninguna obligación subsidiaria de los miembros de una organización internacional para con la parte lesionada cuando la organización responsable no está en condiciones de prestar reparación. Alemania no niega de ninguna manera la conveniencia general de que las organizaciones internacionales puedan cumplir sus obligaciones, incluidas sus obligaciones secundarias como las relacionadas con la reparación de un perjuicio. Sin embargo, en lo que respecta a la cuestión de si existe una norma de derecho internacional general por la que los miembros de una organización internacional estén obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para proporcionar a la organización los medios para cumplir efectivamente con su obligación de reparar, para Alemania es evidente que esa norma no existe. Como puede deducirse del párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 39, Alemania parecería compartir la opinión mayoritaria en la Comisión. Por lo tanto, debe encomiarse a la Comisión por haber incluido una referencia expresa a las reglas de la organización en el presente proyecto de artículo, que se señalan debidamente en el párrafo 6 del comentario como el (único) fundamento de esa obligación.

2. Sin embargo, Alemania ve con preocupación la redacción del artículo que, en su versión actual, y a pesar de las afirmaciones en sentido contrario que figuran en el comentario, podría malinterpretarse como que establece la obligación general para los Estados de asegurar el funcionamiento eficaz de una organización internacional. El proyecto de artículo, después de todo, dispone que los miembros «tienen que» adoptar medidas apropiadas para asegurar ese funcionamiento. El hecho de que esa obligación debe ser conforme a «las reglas de la organización» podría malinterpretarse en el sentido de que establece una obligación general que solo quedará modificada o derogada si las reglas de la organización internacional estipulan lo contrario. En opinión de Alemania y según su interpretación del comentario, ello constituiría claramente una conclusión errónea. Por lo tanto, Alemania vería con agrado que esta circunstancia se aclarara en la redacción del proyecto de artículo y que se destacara que dicha obligación *solo existirá si se encuentra establecida por las reglas de la organización internacional y en la medida en que ello ocurra*. En este contexto, Alemania también quisiera advertir a la Comisión de que no debe suponerse simplemente que esa obligación estará implícita en general en las reglas de las organizaciones internacionales, como parece desprenderse del párrafo 6 del comentario cuando se hace referencia a los casos en que las reglas de la organización no traten la cuestión. En este contexto, Alemania considera que es fundamental centrarse en el acuerdo y la voluntad efectivos expresados por los Estados (u otros agentes internacionales) que han constituido la organización. Por ejemplo, a menos que las reglas de la organización internacional dispongan expresamente la obligación de sus miembros de financiarla, no puede entenderse que el proyecto de artículo establece la obligación *concreta* para todos y cada uno de ellos.

3. Alemania también quisiera destacar de todos modos que esa obligación afecta meramente a la relación *interna* entre la organización internacional y sus miembros, por lo que vería con agrado que la Comisión incluyera una aclaración al respecto en su comentario. Los terceros no pueden beneficiarse de ello, incluso cuando exista esa obligación.

Austria

1. En principio, Austria apoya la idea de aprobar una disposición que asegure que la organización esté suficientemente equipada por sus Estados miembros para poder indemnizar a una parte que ha sufrido un perjuicio con arreglo al capítulo II de la tercera parte del proyecto de artículos. El proyecto de artículo 39 ha sido obviamente pensado con esa finalidad, dado que con él se trata de resolver la contraposición que existe entre el interés de crear una obligación para que el conjunto de Estados miembros proporcione a la organización los medios que le posibiliten indemnizar efectivamente a la parte que ha sufrido un perjuicio por su contravención al derecho internacional y el interés de evitar la responsabilidad subsidiaria de los Estados miembros.

2. Sin embargo, la práctica internacional no parece apoyar la idea de que los Estados miembros deban soportar las consecuencias financieras de un acto ilegal o *ultra vires* que se atribuya a la organización internacional[1]. Es difícil aceptar una obligación de esa índole que acarree la responsabilidad para el Estado miembro en virtud del derecho internacional, «levantando el velo de la persona jurídica». En opinión de Austria, una disposición como la del proyecto de artículo 39 diluiría los efectos jurídicos deseados de la codificación. Además, esa disposición no es coherente con el sistema del proyecto de artículos,

[1] *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1962*, págs. 162 y ss. y pág. 167: «la Corte está de acuerdo con que si los gastos se hubieran hecho para un propósito que no fuese uno de los propósitos de las Naciones Unidas, no podrían considerarse "gastos de la Organización"».

dado que se limita exclusivamente a los miembros de una organización internacional responsable. En el caso de que el proyecto de artículos se aprobara como convención internacional, el proyecto de artículo 39 plantearía un problema sistemático adicional: se requeriría una aceptación casi universal, o al menos la aceptación de todos los miembros de la organización, para establecer efectivamente la obligación de los miembros de proporcionar medios financieros suficientes para que la organización a la que pertenecen cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de este capítulo. Además, la redacción actual del proyecto de artículo 39 lo aleja del concepto general del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Este proyecto de artículo, tal como se encuentra formulado («tienen que adoptar»), no establece claramente que los Estados miembros tengan la obligación jurídica de proveer a la organización internacional responsable todos los medios necesarios para que cumpla con la obligación que le incumbe en virtud del proyecto de artículo 30, a saber, reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

3. Por otro lado, los Estados miembros que hacen que una organización internacional pueda actuar en el plano internacional están aceptando el riesgo de que esa organización infrinja el derecho internacional. No puede estipularse que sea la parte lesionada quien deba asumir ese riesgo. Por lo tanto, es razonable que el riesgo sea asumido por los miembros de la organización en su conjunto, y que la obligación de indemnizar corresponda íntegramente a la organización.

4. Por consiguiente, Austria se inclina por apoyar la propuesta que figura en el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 39 de establecer expresamente la obligación de la organización internacional responsable de adoptar todas las medidas apropiadas de conformidad con sus reglas para que sus miembros proporcionen a la organización los medios para reparar íntegramente el perjuicio como lo dispone el proyecto de artículo 39. La propuesta se funda en las siguientes razones:

a) La propuesta evita las incoherencias y las desventajas ya mencionadas que presenta la redacción actual del proyecto de artículo 39;

b) La razón de ser de la propuesta es obligar a la organización responsable a organizar su presupuesto de forma que asegure la reparación del perjuicio a la parte lesionada. En otras palabras, la organización estaría obligada a hacer previsiones adecuadas en su presupuesto ordinario (o a establecer cuentas especiales vinculadas a la operación de que se trate);

c) La solución propuesta obligaría al mismo tiempo a los miembros de una organización a proporcionar, por conducto de sus órganos y con arreglo a sus disposiciones internas, los medios para afrontar las consecuencias financieras de las actividades ilegales o los hechos *ultra vires* que se atribuyan a la organización internacional de la que son miembros. Por lo tanto, el riesgo de que una organización internacional actúe fuera del ámbito de su competencia pesa sobre las partes que han permitido que la organización internacional actúe de ese modo, es decir, al conjunto de miembros de la organización responsable. En la propuesta se adopta una interpretación amplia de la frase «los gastos de la Organización»[2].

5. En el caso de que la organización responsable se disuelva antes de que se repare el perjuicio causado, la propuesta facilitaría la adecuada liquidación presupuestaria de las obligaciones pendientes.

[2] Carta de las Naciones Unidas, Artículo 17, párrafo 2.

Portugal

1. No hay fundamentos en derecho internacional para sostener que los miembros de una organización internacional responsable tienen una obligación solidaria hacia la parte que ha sufrido un perjuicio cuando dicha organización no tiene medios para repararlo íntegramente. Sin embargo, los miembros sí tienen la obligación de contribuir al presupuesto de la organización internacional para que esta afronte los gastos necesarios para cumplir sus obligaciones, con arreglo a su tratado constitutivo, por ejemplo, los gastos que acarree el cumplimiento de una orden de reparación.

2. El proyecto de artículo 39 no puede entenderse en el sentido de que impone a los miembros de una organización lo que podría parecer la obligación inmediata de hacer una contribución extraordinaria para cubrir los gastos que podrían resultar de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito de la organización internacional, dado que no sería coherente con la autonomía y la independencia que caracterizan a las organizaciones internacionales. Es en el presupuesto de la organización internacional donde deberían preverse los gastos de esa índole y corresponde a los miembros de la organización velar por que ello ocurra. Debería hacerse hincapié en la organización internacional en sí y no en sus miembros.

3. Por lo tanto, el proyecto de artículo 39 ofrece una solución equilibrada si se interpreta en el sentido de que impone la obligación general a los miembros de una organización internacional de proporcionar a dicha organización los medios para asegurar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones, incluida la obligación de reparar. Asimismo, Portugal apoyaría la propuesta del Relator Especial de incluir un nuevo párrafo 2 en el proyecto de artículo 39, incluso si su única función fuera aclarar la presente formulación del proyecto de artículo.

República de Corea

El proyecto de artículo 39 impone una carga demasiado grande a los Estados miembros, especialmente financiera. A fin de reducir esa carga innecesaria para los miembros y asegurar que la responsabilidad de las organizaciones internacionales, se haga efectiva, podría conservarse la redacción actual y aclararse además en el comentario que la responsabilidad de los miembros queda exclusivamente limitada a una responsabilidad hacia la organización internacional respectiva, y que no se refiere al Estado lesionado ni a la organización internacional lesionada.

Capítulo III

VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES EMANADAS DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Artículo 40. Aplicación del presente capítulo

República Checa

Quizás la cuestión más difícil y controvertida sea decidir si una organización internacional puede violar el *jus cogens* y si en ese caso la responsabilidad recae sobre la organización y/o sus Estados miembros. La solución adoptada por la Comisión en los proyectos de artículos 40 y 41 refleja lo establecido en los artículos 40 y 41 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Sin embargo, en el comentario de la Comisión no se incluye ningún ejemplo de violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general cometidas por organizaciones internacionales. Por el contrario, los únicos ejemplos pertinentes que se han dado en la práctica se refieren al deber de las organizaciones internacionales de no reconocer como lícita una situación creada por el incumplimiento de dichas obligaciones, así como el deber de cooperar para poner fin a esas violaciones. Estos ejemplos son ciertamente importantes; sin embargo, podría cuestionarse su pertinencia para la codificación de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, dado que todos ellos se refieren a la respuesta que deben dar las organizaciones internacionales a violaciones de normas imperativas cometidas por los Estados.

Cuarta parte

MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Capítulo I

INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 42. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado o la organización internacional lesionada

Austria

Austria comprende la intención de la Comisión de que el presente proyecto de artículos trate únicamente de la responsabilidad de las organizaciones internacionales como tales y no de las condiciones en que una organización internacional puede invocar la responsabilidad de otro sujeto de derecho internacional. Sin embargo, es necesario señalar que persistirá una laguna en el régimen de responsabilidad si no se abordan las condiciones para que una organización internacional invoque la responsabilidad de un Estado, habida cuenta en particular de que tales situaciones se dan con bastante frecuencia, como en la opinión consultiva de la CIJ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[1], por ejemplo. Podría ocurrir que la cuestión de la invocación de la responsabilidad del Estado por una organización internacional no fuera objeto de reglamentación alguna, dado que tampoco se consideró en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

Artículo 44. Admisibilidad de la reclamación

Austria

El presente texto no zanja la cuestión de si una organización internacional puede ejercer una protección funcional en nombre de sus funcionarios lesionados por otra organización. En este contexto, se plantea la cuestión de qué condiciones previas deben darse para que las organizaciones internacionales puedan presentar reclamaciones y tomar contramedidas contra los Estados o las organizaciones internacionales si el hecho ilícito va dirigido contra un funcionario de la organización respectiva.

El Salvador

1. La presente disposición ha sido formulada en los mismos términos que el artículo 44 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado y está destinada a establecer las condiciones o requisitos generales que permitan admitir una reclamación por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. En vista del carácter general del proyecto de artículos, resulta acertado establecer ciertos criterios de admisibilidad para las reclamaciones internacionales a fin de evitar la presentación de reclamaciones innecesarias que puedan ser solventadas antes en un ámbito distinto.

2. El Salvador toma nota de que, en esta disposición, la Comisión ha optado por dos criterios específicos de admisibilidad: *a*) la conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones, y *b*) el agotamiento de los recursos internos. Como puede observarse, el primer criterio se refiere a las normas de nacionalidad, las cuales serían una condición general para hacer valer la responsabilidad internacional. La propia Comisión lo dejó claro en el comentario al artículo correspondiente del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, cuando dijo que

> la norma de la nacionalidad de las reclamaciones no solo es pertinente en relación con las cuestiones de competencia o de admisibilidad de las reclamaciones sometidas a los órganos jurisdiccionales sino también una condición general hacer valer la responsabilidad en los casos *en que es aplicable**[1].

3. Aunque el artículo 44 del proyecto sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales tiene, como ya se ha mencionado, la misma redacción que el artículo del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, su redacción y los comentarios correspondientes no dejan abierta la posibilidad de establecer excepciones a la regla de nacionalidad allí contenida. Esto es preocupante y, de hecho, ya ha sido criticado por algunos académicos, según los cuales crea un evidente conflicto interno en el seno del proyecto, ya que la aplicación del nexo de nacionalidad invalidaría, para la defensa de derechos particulares lesionados en el extranjero, cualquier pretensión de invocación, aun

[1] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

[1] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 129, párr. 2 del comentario al artículo 44.

cuando ya se haya reconocido en otras oportunidades que la invocación de la violación de una norma imperativa debe trascender la protección diplomática.

4. En otras palabras, la preocupación de El Salvador se centra en la idea de la protección de los derechos humanos y no parece inadecuado condicionar dicha protección al cumplimiento de un requisito en materia de nacionalidad. Este argumento cobra mayor fuerza si se consideran las normas de *jus cogens*, es decir, normas imperativas de derecho internacional, que han surgido de ciertos valores esencialmente humanos y universales, cuyo respeto y vigencia se consideran absolutamente necesarios para la vida y subsistencia de la comunidad.

5. Asimismo, la inclusión del requisito de dar cumplimiento a las normas de nacionalidad, consignado en términos taxativos, se muestra manifiestamente contrario a los proyectos de artículos 40 y 41 contenidos en el capítulo III del proyecto, que regulan las violaciones graves de las obligaciones derivadas de normas imperativas de derecho internacional general.

6. En virtud de las consideraciones anteriores, El Salvador propone un cambio de redacción en el párrafo 1 del proyecto de artículo 44 a fin de dejar establecida la inaplicación en todos los casos del requisito vinculado a las cuestiones de nacionalidad. Ello podría lograrse incluyendo los términos «cuando proceda» o la frase «cuando la reclamación esté sujeta a las normas aplicables en materia de nacionalidad», tal como se estipula en el párrafo 2 del proyecto de artículo 44. Se lograría así la requerida coherencia interna con las demás disposiciones, en particular las referidas a las normas imperativas de derecho internacional.

7. El Salvador apoya plenamente el párrafo 2 del proyecto de artículo 44 pues, aunque establece el agotamiento de los recursos internos como requisito de admisibilidad general, de su redacción y los comentarios respectivos es posible deducir que dicho requisito admite excepciones y que su cumplimiento no es exigible en la totalidad de los casos. Ello significa que si no hay recursos disponibles o los que hay no son efectivos, no será necesario el cumplimiento de este requisito de admisibilidad por la parte lesionada.

8. Esta es precisamente la tendencia que han seguido los tribunales internacionales. En el ámbito regional, el artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que

> [p]ara que una petición o comunicación […] sea admitida por la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos] se requerirá: a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

Sin embargo, el artículo establece al mismo tiempo tres importantes excepciones, a saber: la inexistencia en la legislación interna del debido proceso legal para la protección del derecho que se alega violado; que no se haya permitido al presunto lesionado el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y el caso de demoras injustificadas en la decisión sobre los mencionados recursos. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado respecto al impedimento de agotar los recursos internos por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representar legalmente al reclamante[2], como excepciones adicionales a dicho requisito de admisibilidad.

[2] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, opinión consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, *serie A, n.º 11*, párr. 42.

Artículo 47. Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales responsables

ALEMANIA

Alemania quisiera cuestionar la validez de la evaluación contenida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 47. El comentario a este proyecto de artículo asume, en su párrafo 3, que

> [t]anto si la responsabilidad es principal como si tiene carácter subsidiario, el Estado lesionado o la organización internacional lesionada no están obligados a abstenerse de formular una reclamación contra una entidad responsable hasta que otra entidad cuya responsabilidad haya sido invocada no haya dado reparación. *La subsidiariedad no implica la necesidad de ajustarse a un orden cronológico para presentar una reclamación**.

Alemania tiene problemas para comprender la última frase. ¿Cómo se puede concordar con la formulación del párrafo 2 del proyecto de artículo 47, según el cual «[l]a responsabilidad subsidiaria [...] solo podrá invocarse en la medida en que la invocación de la responsabilidad principal *no haya dado lugar** a reparación»?

Artículo 48. Invocación de la responsabilidad por un Estado o una organización internacional que no sean un Estado lesionado o una organización internacional lesionada

ALEMANIA

Alemania quisiera destacar su reconocimiento por la solución adoptada en el párrafo 3 del proyecto de artículo 48 de la Comisión, según el cual una organización internacional que no sea una organización internacional lesionada tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otra organización internacional si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto *solo* 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. Esta opinión es compartida por varios países, mientras que otros parecen preferir un derecho más general. Alemania considera que el planteamiento adoptado por la Comisión es preferible a la alternativa porque, pese a la repercusión de las obligaciones *erga omnes* en la comunidad internacional en su conjunto, parece ser demasiado trascendental conceder un derecho a todas las organizaciones internacionales, independientemente de las funciones a ellas encomendadas por sus miembros. Después de todo, las organizaciones internacionales, a diferencia de los Estados, no tienen una competencia jurídica general sino solo competencias funcionales limitadas al desempeño de sus respectivos mandatos y propósitos.

República Checa

Si bien la mayoría de las normas relativas a los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales no plantean mayores problemas, el proyecto de artículo 48 constituye una excepción: una organización puede invocar responsabilidad solo si el interés de la comunidad internacional en que se fundamenta la obligación violada forma parte de las funciones de la organización internacional. En la práctica es dable suponer que la cuestión de si las funciones de una organización determinada dan lugar o no a ciertos derechos será controvertida.

Capítulo II
CONTRAMEDIDAS

Chile

Chile expresa una opinión favorable respecto a si debe haber un capítulo relativo a las contramedidas, por cuanto no hay ninguna razón 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 persuadirla a que cumpla sus obligaciones.

Artículo 50. Objeto y límites de las contramedidas

Alemania

Pese a las dudas de Alemania sobre la inclusión del tema de las contramedidas en el proyecto (véanse las observaciones sobre el proyecto de artículo 21), la Comisión es digna de encomio por convenir en el principio contenido en el párrafo 4 del proyecto de artículo 50, según el cual

> [e]n lo posible, las contramedidas se tomarán de manera que limite sus efectos en el ejercicio por la organización internacional responsable de sus funciones.

Si bien las contramedidas entrañan por definición el incumplimiento por el Estado lesionado o la organización internacional lesionada de una de sus obligaciones para con la organización internacional, es necesario (también en vista del hecho de que las organizaciones internacionales solo tienen competencias limitadas) restringir la admisibilidad de las contramedidas para impedir que sus efectos lleguen a incapacitar a una organización en el cumplimiento de su mandato general. El párrafo 4 del proyecto de artículo 54 aborda efectivamente estas cuestiones.

Austria

1. Como ya se ha indicado en relación con el proyecto de artículo 21, Austria considera que se deben examinar más detenidamente las condiciones en que una organización internacional tiene derecho a recurrir a las contramedidas contra los Estados. Parece existir una incongruencia en el sentido de que el proyecto de artículo 21 aborda las contramedidas adoptadas por las organizaciones internacionales contra los Estados, mientras que el proyecto de artículo 50 no hace referencia a las contramedidas de las organizaciones internacionales contra los Estados.

2. La distinción entre Estados miembros y Estados no miembros, así como el alcance de la personalidad de las organizaciones, son fundamentales en el contexto de las contramedidas. A juicio de Austria, en primer lugar sería necesario analizar estos aspectos con más detalle antes de poder extraer una conclusión. Además, en opinión de Austria una organización internacional puede recurrir a las contramedidas solo si tales medidas son conformes a su instrumento constitutivo. En otras palabras, las organizaciones internacionales no son competentes para adoptar contramedidas por el mero hecho de estar dotadas de cierta personalidad jurídica internacional, sino que una organización internacional ha de estar facultada para adoptar tales medidas con arreglo a su reglamento.

Chile

Existe la necesidad de limitar las contramedidas para no perjudicar el ejercicio de la competencia funcional de las organizaciones internacionales. Esta cuestión parece resuelta por el párrafo 4 del artículo 50. Sin embargo, definir las restricciones a las contramedidas sobre la base de este criterio, amplio e impreciso, puede resultar muy difícil, y haría la aplicación de contramedidas inoperante en la práctica.

Artículo 51. Contramedidas tomadas por miembros de una organización internacional

Alemania

1. En consonancia con lo dicho acerca del proyecto de artículo 21, que versa sobre el tema de las contramedidas tomadas por una organización internacional, Alemania quisiera expresar también su inquietud en relación con el proyecto de artículo 51. A juicio de Alemania, la relación entre una organización internacional y sus miembros (al igual que, viceversa, la de un (Estado) miembro y la organización) se rige totalmente por el reglamento interno de la organización. Como consecuencia de ello, por norma general no hay margen para las contramedidas entre un Estado miembro y una organización internacional.

2. Por consiguiente, Alemania se muestra escéptica, en el mejor de los casos, acerca de que el proyecto de artículo aprobado por la Comisión refleje debidamente la relación jurídica entre un Estado miembro y una organización en lo que respecta a las contramedidas. Para ser precisos, cabe encomiar el proyecto de artículo por su formulación, poniendo de relieve que los miembros lesionados «no podrán tomar contramedidas contra esa organización». En opinión de Alemania, es además inadmisible atender a la estructura jurídica interna de una organización para determinar si queda, como excepción a la regla, algún margen para las contramedidas, como hace el apartado *a* del proyecto de artículo 51. En lo que Alemania podría discrepar con la Comisión es en cómo tratar los casos (probablemente la gran mayoría) en que las reglas de la organización no dicen nada sobre la admisibilidad de las contramedidas. Para estos supuestos, el comentario del párrafo 3 indica actualmente que

> [c]uando las reglas de la organización no regulan, explícita o implícitamente, la cuestión de las contramedidas en las relaciones entre una organización internacional y sus miembros, *no cabe suponer que las contramedidas queden totalmente excluidas** de esas relaciones.

Por tanto, la Comisión se inclina a permitir contramedidas (al menos, limitadas) en caso de que las reglas de la organización no digan nada al respecto. A juicio de Alemania, la Comisión podría ser aquí más cauta. La relación jurídica entre un miembro y su organización debe regirse ante todo por las reglas de la organización, que después de todo fueron cuidadosamente formuladas y concertadas precisamente para este mismo cometido. Si tal es el caso, hay sólidos argumentos para alegar que las reglas están concebidas para regir exclusivamente las relaciones jurídicas entre la organización recién establecida y sus miembros. Así, Alemania considera que el comentario se debería modificar para dejar muy claro, cuando menos, que la interpretación de la excepción prevista en el apartado *a*, según la cual las contramedidas *no* pueden ser incompatibles con las reglas de la organización, requiere una clara indicación de que las reglas *no* están concebidas para regular plenamente su objeto, es decir, la relación jurídica entre un Estado miembro y la organización. Cuando no existe tal indicación dentro de las reglas (o al menos sus trabajos preparatorios), todo apunta al supuesto de que las contramedidas se han de considerar incompatibles con la estructura interna de la organización establecida y reflejada en sus reglas.

Chile

1. Acerca de la cuestión de si un miembro de una organización internacional responsable que hubiese sufrido un perjuicio puede tomar contramedidas respecto de ella, a juicio de Chile, en principio, sí debería ser posible, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la organización como *lex specialis*. Por lo anterior, se concuerda con la norma, así como con los requisitos establecidos en el proyecto de artículo 51.

2. Cuando las reglas de la organización no regulan, explícita o implícitamente, la cuestión de las contramedidas en las relaciones entre una organización internacional y sus miembros, la regla general debería permitir su imposición. En virtud de lo señalado, el artículo 51 debería estar redactado en forma positiva, para expresar con mayor claridad la regla general aplicable en el caso de no existir reglas de la organización que resuelvan expresamente la aplicación de contramedidas. El mismo comentario se efectúa respecto del artículo 21.

Artículo 52. Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

El Salvador

1. Las contramedidas son acciones destinadas a inducir a un Estado u organización internacional responsable de un acto internacionalmente ilícito a cumplir sus obligaciones. En términos generales, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional confirman su vigencia, encontrándose como principales antecedentes los arbitrajes *Naulilaa*[1] (1929) y *Cysne*[2] (1930), y siendo reconocidas más recientemente por la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[3] (1997). Así, aunque la práctica referente a la utilización de las contramedidas contra las organizaciones internacionales es escasa, El Salvador considera acertada la decisión de la Comisión de incluir esa figura en el proyecto de artículos.

2. Si bien las contramedidas han sido fuertemente criticadas, desde un punto de vista objetivo cabe reconocerles tanto aspectos positivos como negativos. Entre los primeros, cabe señalar que las contramedidas resultan necesarias en un sistema legal como el internacional que carece de una estructura vertical de control; por el contrario, son los mismos Estados y otros sujetos de derecho internacional los que recurren a una combinación de diversos mecanismos, como las contramedidas, para lograr el respeto y cumplimiento de estos deberes[4]. Esas medidas son una forma de autoprotección, pues es el Estado afectado el que debe reaccionar.

3. No obstante, como ya se indicaba, la utilización de las contramedidas también puede tener inconvenientes y aspectos negativos, como abusos en su calidad o en su duración que podrían afectar gravemente a la población de un Estado, entrañando además un alto riesgo de que se susciten réplicas a las mismas y, por tal motivo, se agraven los conflictos existentes. También es criticable la valoración unilateral que se realiza respecto de la ilicitud del hecho, lo cual fácilmente generaría el establecimiento de criterios subjetivos para la adopción de las contramedidas.

4. Una evaluación de estos aspectos positivos y negativos muestra que no es posible desconocer la figura de las contramedidas en el ámbito internacional, pero también que para propiciar su control y eficacia es preciso fijar límites concretos que permitan corregir sus deficiencias y evitar su utilización desproporcionada.

5. Para responder a esta necesidad, el proyecto de artículo 50 prevé un conjunto de situaciones excepcionales en las que no está permitida la utilización de las contramedidas, fundamentalmente porque su aplicación afectaría a obligaciones que no pueden ser suspendidas ni sobre las que se puede disponer bajo ninguna circunstancia, ni siquiera como medio para forzar el cumplimiento de una obligación similar.

6. Por todas estas razones, El Salvador reconoce la importancia de incluir íntegramente el proyecto de artículo 52 en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, permitiendo así el establecimiento de límites concretos a una práctica de adopción de contramedidas que dista mucho de ser uniforme y es en muchos casos excesiva.

7. No obstante lo dicho anteriormente, El Salvador considera que, para mejorar la aplicabilidad de la disposición, debe realizarse un análisis exhaustivo del alcance del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 52, que contempla

[1] *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (incidente de *Naulilaa*), Naciones Unidas, RSA, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1011.

[2] *Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*, ibíd., pág. 1052.

[3] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia), fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 7.

[4] David J. Bederman, «Counterintuiting Countermeasures», AJIL, vol. 96 (2002), pág. 818.

como límite de las contramedidas «las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales».

8. Ciertos autores, así como la Comisión[5], interpretan su alcance en relación con una categoría de derechos, dentro del contexto de los derechos humanos, que no pueden ser derogados bajo ninguna circunstancia, ni tan siquiera en situaciones de guerra o estado de excepción. Como ya se ha señalado, la existencia de una situación de emergencia excepcional no faculta por ese hecho a los Estados para incumplir con las obligaciones jurídicas impuestas por el derecho humanitario y por el derecho internacional de los derechos humanos, las cuales son obligaciones que producen efectos vinculantes en todo tipo de circunstancias de tiempo y lugar.

9. En este sentido, cabe advertir que muchos tratados de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, han elaborado un listado de derechos esenciales que no pueden ser derogados. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica en su artículo 4, párr. 2, que no se puede autorizar suspensión alguna de los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 8 (párrafos 1 y 2) (prohibición de la esclavitud), 11 (prisión por incumplir una obligación contractual), 15 (principio de legalidad), 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión). De igual modo, el artículo 2, párr. 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que

> [e]n ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

El artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que

> no [se] autoriza ninguna derogación del artículo 2 [derecho a la vida], salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3 [prohibición de la tortura], 4 (párrafo 1) [prohibición de la esclavitud] y 7 [principio de legalidad].

El sistema interamericano prevé un catálogo más amplio, al incluir además como derechos inderogables en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los derechos políticos, los derechos del niño, el derecho a la protección de la familia y el derecho al nombre y a la nacionalidad.

10. De este modo, puede concluirse que no hay uniformidad respecto a los derechos mínimos que deben ser respetados bajo cualquier circunstancia, convirtiéndose así la categoría «derechos humanos fundamentales» en un conjunto bastante impreciso, cuya indeterminación podría dar cabida a la discrecionalidad en la adopción de las contramedidas. Esta falta de precisión, que demuestra la errónea aplicación del término, aunada con la evidente exclusión que se podría dar de los derechos humanos en general, se muestra incompatible con el desarrollo actual alcanzado en materia de derechos humanos, en virtud del cual se debe reconocer a toda persona ciertos derechos o atributos universales e inalienables que son inherentes a su dignidad. Este reconocimiento del papel central de los derechos humanos, que en palabras del actual magistrado de la CIJ Augusto Cançado Trindade, corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos, supone la protección de la persona en todas las circunstancias, contra todas las manifestaciones del poder arbitrario y la preocupación por sus condiciones de vida conforme al nuevo espíritu de nuestra época, en la que el proceso de humanización del derecho internacional pasa a ocuparse más directamente de la realización de metas y valores comunes superiores. Resulta incongruente incluir entre esos valores los intereses particulares de los Estados o las organizaciones internacionales que admiten la adopción de contramedidas.

11. En virtud de lo anterior, El Salvador propone la eliminación del término «derechos humanos fundamentales» y su sustitución por el de «derechos humanos». De este modo, no solo se reconocerían sus características básicas y el desarrollo alcanzado en esta materia, sino que además se adoptaría una expresión cuyo alcance presenta ciertamente menos dificultades, al constituirse como una categoría más amplia y homogénea que se expresa en los distintos instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos, tanto en el plano regional como en el universal.

Artículo 56. Medidas tomadas por una entidad distinta de un Estado lesionado o una organización internacional lesionada

Cuba

La formulación actual debe ser suprimida y sustituida por otra que remita al sistema de seguridad colectivo previsto en la Carta de las Naciones Unidas.

República Checa

El artículo más problemático de este capítulo es el proyecto de artículo 56.

Quinta parte

RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 57. Ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional

Bélgica

Bélgica apoya el proyecto de artículo formulado por la Comisión pero considera que esta, en su comentario, no enumera más que casos extremos y no es suficientemente explícita sobre los principios que permiten a un Estado determinar con precisión a partir de qué momento puede incurrir en responsabilidad. En particular, Bélgica

[5] Véase el proyecto sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 141, párr. 6 del comentario al artículo 50.

sugiere a la Comisión que especifique posteriormente en el comentario al proyecto de artículo 57 las razones por las que no se inscribe en el ámbito de este artículo la participación de un Estado miembro en la adopción de una decisión que conduciría a la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

REPÚBLICA CHECA

Los proyectos de artículo 57 a 59 son un reflejo de los proyectos de artículo 13 a 15. Dado que en el comentario prácticamente no se ofrecen ejemplos, presumiblemente las disposiciones se adoptaron «por si acaso».

Artículo 58. Dirección y control ejercidos por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional

AUSTRIA

La relación entre dos Estados por lo que respecta a la dirección y el control ejercidos por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional es considerablemente diferente de la relación entre un Estado y una organización internacional de la que es miembro. ¿Significa esto que un Estado que está facultado para impedir que una organización internacional cometa un hecho internacionalmente ilícito, por ejemplo debido a su capacidad para bloquear decisiones mediante un derecho de veto *de facto* o *de jure*, incurre en responsabilidad por tal acto si no logra impedirlo? Nuevamente, el carácter de una organización internacional, su función, sus atribuciones y su reglamento interno para la adopción de decisiones marcan una diferencia decisiva para aclarar la «división» de la responsabilidad internacional por un hecho ilícito entre un Estado y una organización.

Artículo 59. Coacción ejercida por un Estado sobre una organización internacional

AUSTRIA

Antes de aplicar el derecho sobre responsabilidad del Estado, hay que tener en cuenta la naturaleza específica de las organizaciones internacionales. En casi todos los ámbitos de actividad, las organizaciones internacionales son muy dependientes de la voluntad de cooperación de sus Estados miembros. Un Estado miembro puede negarse a contribuir al presupuesto; puede retirar su contingente nacional o vetar una ampliación necesaria del mandato. Aunque todos estos pueden ser casos de coerción en sentido amplio, ¿incurre el Estado miembro en responsabilidad en todos ellos? La práctica internacional no sustenta esta teoría. En cualquier caso, debido a los múltiples niveles existentes en las relaciones entre una organización internacional y sus miembros, estos calificativos y el término «coacción» han de aclararse en cierta medida dentro del texto jurídico. El término «conociendo» que figura en el apartado *b* apenas parece suficiente para establecer el vínculo necesario para responsabilizar al Estado por el hecho de una organización internacional. Debe haber un vínculo directo entre el acto coercitivo del Estado y la actividad de la organización internacional.

Artículo 60. Responsabilidad de un Estado miembro que trate de eludir el cumplimiento de sus obligaciones

ALEMANIA

1. Conforme a la interpretación de Alemania, la Comisión es digna de encomio por incorporar un elemento de «uso indebido» en el proyecto de artículo 60, según el cual un Estado miembro de una organización internacional incurrirá en responsabilidad internacional

> si *trata de eludir** el cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales *prevaliéndose** de que la organización es competente en relación con el objeto de dicha obligación, induciendo a la organización a cometer un hecho que, de haber sido cometido por el Estado, habría constituido una violación de la obligación.

Alemania considera un objetivo legítimo impedir que los Estados no asuman su responsabilidad eludiendo sus obligaciones, por lo que se debe apoyar el objetivo subyacente del proyecto de artículo 60. Con todo, los Estados miembros y una organización internacional son entidades jurídicas diferenciadas, con personalidades internacionales propias, por lo que pueden contraer obligaciones diferentes que, como tales, deben mantenerse aparte; además, el proyecto de artículo 60 se aplica «independientemente de que el hecho sea o no internacionalmente ilícito para la organización internacional», por lo que es fundamental asegurarse de que un Estado no será considerado responsable por el mero hecho de que la organización desempeñe una tarea que no se permitía realizar al propio Estado. Los Estados no pueden hacer uso de la fuerza en sus asuntos internacionales, por citar un ejemplo, pero pueden apoyar en el seno del Consejo de Seguridad una decisión para utilizar la fuerza contra otro Estado en caso de que exista una amenaza para la paz. Por consiguiente, es esencial restringir el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 60 a los casos en que un Estado haría un «uso indebido» de la organización (a modo de escudo) con objeto de eludir su propia responsabilidad. El presente proyecto reconoce esta preocupación dentro de la formulación del artículo con el requisito de que un Estado *trate de eludir* el cumplimiento de su propia obligación *prevaliéndose* de la organización.

2. Dicho esto, a Alemania le preocupa el comentario al proyecto de artículo porque no ofrece una orientación adecuada sobre cuándo se considerará que un Estado ha eludido el cumplimiento de una obligación internacional. El comentario, en el párrafo 2, ofrece una interpretación que apenas si se atiene a la redacción del proyecto de artículo al descartar expresamente como requisito la intención específica de un Estado de eludir una obligación:

> Como se dice en el comentario sobre el proyecto de artículo 16, no es necesaria la intención específica de eludir una obligación. Con la referencia a que un Estado «trata de eludir el cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales» se pretende excluir que haya responsabilidad internacional cuando el hecho de la organización internacional, que constituiría una violación de una obligación internacional si fuera cometido por el Estado, deba considerarse como un resultado involuntario de haber inducido a una organización internacional competente a cometer el hecho. En cambio, el presente artículo no se refiere solo a los supuestos en que puede decirse que el Estado miembro comete un abuso de derecho.

Por consiguiente, el comentario invalida la restricción a los supuestos en que un Estado hace un uso indebido

(o abusivo) de sus atribuciones, que es en opinión de Alemania lo que expresa la redacción de este artículo. No obstante, es difícil entender cómo un Estado puede «*trata[r] de eludir** el cumplimiento» sin actuar así con una «*intención específica** de eludir una obligación». Es cierto que esto último deberá ser efectivamente demostrado haciendo referencia a las circunstancias del caso, pero ello afecta a un punto diferente. Si bien el comentario descarta el requisito de la intención específica de un Estado de eludir su responsabilidad, sigue siendo al mismo tiempo incapaz de ofrecer orientación alguna sobre la manera de distinguir entre supuestos en que se puede afirmar que un Estado elude su responsabilidad y otros en que meramente hace un uso adecuado de sus atribuciones en el marco de la organización. Las tres condiciones enumeradas en el comentario, a saber: que la organización internacional sea competente en relación con el objeto de una obligación internacional de un Estado, que el hecho, de haber sido cometido por el Estado, habría constituido una violación de la obligación y, por último, que el Estado indujo a la organización a actuar por medio de «una relación manifiesta» (párr. 7 del comentario), no solventan el problema antes mencionado. En opinión de Alemania, es esencial restringir el proyecto de artículo 60 a los supuestos de uso indebido, según los cuales la acción del Estado dentro de la organización tiene precisamente por objeto soslayar una obligación jurídica en vigor. Esta interpretación está en consonancia con la redacción del proyecto de artículo, por lo que es el presente comentario el que plantea problemas a Alemania.

Austria

El presente proyecto de artículo plantea la cuestión de cómo se puede responsabilizar a los Estados por hechos en los que no influyeron, dado que los efectos jurídicos de la influencia de un Estado miembro en los hechos de una organización internacional ya son abordados en los proyectos de artículos 57 a 59. Además, se plantea en este sentido la cuestión básica de cómo tratar las decisiones por votación mayoritaria cuando no son identificados los Estados que votan a favor o en contra (a mano alzada). Un Estado que vota en contra de una decisión determinada en un procedimiento a mano alzada pero es anulado por la mayoría (si son posibles las decisiones por mayoría), ¿también sería considerado responsable con arreglo a este proyecto de artículos o debería aplicarse este únicamente a las situaciones en que se puede determinar claramente la pauta de votación de los distintos Estados miembros?

Bélgica

1. Bélgica considera relevante hacer un seguimiento del principio básico subyacente a esta disposición, aunque cree que el proyecto de artículo no es satisfactorio tal como está redactado porque:

— No se hace eco debidamente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pretende reflejar;

— Incluye elementos subjetivos poco pertinentes que podrían dificultar sobremanera la aplicabilidad del proyecto de artículo.

Por consiguiente, Bélgica propone a la Comisión que redacte nuevamente esta disposición o que precise mejor en los comentarios cuál es su interpretación del texto. En particular, si la Comisión desea introducir una obligación (primaria) para que los Estados se abstengan de eludir el cumplimiento de sus obligaciones internacionales por medio de una organización internacional de la que son miembros, la disposición o el comentario deberían indicarlo con mucha más claridad.

2. Bélgica se pregunta además si la Comisión no debería precisar que el proyecto de artículo 60 no se aplica más que en caso de que se haya demostrado la existencia de abuso de derecho, abuso de la personalidad jurídica diferenciada de la organización internacional o mala fe.

3. Por último, Bélgica apoya la referencia[1] de la Comisión al asunto *Bosphorus*[2] del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero duda de que el proyecto de artículo refleje adecuadamente esta jurisprudencia. Señala además a la atención de la Comisión determinadas sentencias posteriores al asunto *Bosphorus* que establecen la responsabilidad del Estado por lagunas en los procedimientos internos de la organización internacional. A juicio de Bélgica, estas decisiones trascienden con creces la jurisprudencia *Bosphorus* y cuestionan el principio de la responsabilidad limitada de los Estados miembros. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece haberse percatado de las consecuencias perjudiciales de atribuir a los Estados miembros el hecho de una organización internacional por su mera calidad de miembros o su implicación en la adopción de la decisión o la ejecución del hecho de la organización internacional. Con todo, Bélgica considera que sería de gran utilidad una clara posición de la Comisión sobre estas cuestiones.

[1] Párr. 4 del comentario al artículo 60.

[2] *Bosphorus Hava Yollarõ Turizm ve Ticary Anonim Şirkyi (Bosphorus Airways) c. Irlande* [Gran Sala], sentencia de 30 de junio de 2005, n.º 45036/98, *Recueil des arrêts et décisions 2005-VI*.

México

México se congratula por la presente hipótesis normativa, que considera de gran importancia y parte fundamental del objeto y fin del presente proyecto.

República Checa

Un Estado no puede eximirse a sí mismo de responsabilidad por el incumplimiento de sus propias obligaciones estableciendo una organización internacional y dotándola de competencias e inmunidades.

Artículo 61. Responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización

Alemania

1. El proyecto de artículo 61 sigue ajustándose al enfoque sistemático de la Comisión consistente en determinar positivamente los casos en que un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional en lugar de enunciar una norma negativa y supletoria para los supuestos en que,

según el proyecto, no se considera que un Estado incurre en responsabilidad. Si bien Alemania sigue apoyando este planteamiento, acoge con suma satisfacción la clara posición expresada por la Comisión en el párrafo 2 de su comentario, según el cual

> [e]s evidente, sin embargo, que esa conclusión está implícita y que *la condición de miembro no entraña de por sí la responsabilidad internacional de los Estados miembros cuando la organización comete un hecho internacionalmente ilícito*.*

Alemania quisiera destacar expresamente esta conclusión, dado que es efectivamente de suma importancia.

2. En lo que respecta al apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 61, según el cual un Estado miembro es responsable de un hecho de una organización internacional si «ha aceptado la responsabilidad por ese hecho», Alemania quisiera destacar un importante pasaje del comentario de la Comisión. En el párrafo 7, se hace referencia a la opinión de Lord Ralph Gibson en el asunto del Consejo Internacional del Estaño, según la cual la aceptación de la responsabilidad podría estar incluida en el «instrumento constitutivo» de una organización[1]. Alemania coincide sobremanera con la Comisión cuando destaca que

> los Estados miembros incurrirían en responsabilidad internacional respecto de un tercero *solo** si su aceptación producía efectos jurídicos en sus relaciones con ese tercero. Puede muy bien ocurrir que los Estados miembros solo se obliguen con respecto a la organización o convengan en aportar los recursos financieros necesarios como *cuestión interna*.*

Toda aceptación según los términos del apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 61 deberá haberse expresado necesariamente respecto de la parte que invoque la responsabilidad de un Estado. En opinión de Alemania, se debe dar muestras aquí de especial prudencia para determinar si el instrumento constitutivo de una organización internacional puede interpretarse realmente como un tratado que confiere derechos a terceros Estados en el sentido del proyecto de artículo 36 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Según la experiencia de Alemania, cabe afirmar que tal *no* será normalmente el caso; los Estados fundadores de una organización (u otros sujetos de derecho internacional) *no* suelen tener la intención de que terceras partes puedan hacer valer *también* el instrumento constitutivo de la organización.

3. Con respecto al apartado *b* del párrafo 1, según el cual un Estado miembro de una organización internacional puede ser responsable de un hecho de esa organización si «ha inducido a la parte lesionada a confiar en su responsabilidad», Alemania propone la inclusión de al menos otro calificativo dentro del apartado. Después de todo, el mero hecho de que un Estado haya inducido a otro Estado a depositar su confianza en la responsabilidad del primero, es decir, que exista un vínculo causal, no puede bastar para responsabilizar al primer Estado con arreglo al derecho internacional. Sin duda, no se incurre en responsabilidad a menos que dicha confianza sea además calificada de «legítima» a la luz de las circunstancias del caso. En consecuencia, Alemania preferiría que el apartado dijera al menos: «ha inducido a la parte lesionada a confiar *legítimamente* en su responsabilidad».

4. Así, si bien podría afirmarse que el proyecto de artículo aborda una causa sensata, el fundamento jurídico de tal obligación de reparación, aun en el supuesto de confianza legítima, no le queda totalmente claro a Alemania. ¿Está la Comisión invocando el estoppel a este respecto? En tal caso, el párrafo debería hacer referencia a confianza *perjudicial*. Por consiguiente, Alemania quisiera que la Comisión explicara más detenidamente la construcción dogmática subyacente en que se basa el apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 61.

5. Entre los «factores» pertinentes que se han presentado para determinar si un Estado ha inducido a la parte lesionada a confiar en su responsabilidad, el párrafo 10 del comentario al proyecto de artículo 61 menciona el «pequeño número de miembros». Sin embargo, a juicio de Alemania este factor es sumamente problemático, ya que no puede considerarse indicativo ni mucho menos suficiente para generar confianza legítima. A este respecto, el comentario reconoce la importancia de referirse a todos los factores pertinentes que deben tenerse en cuenta globalmente y pone acertadamente de relieve que «[d]esde luego, no existe ninguna presunción de que un tercero debería poder confiar en la responsabilidad de los Estados miembros» (párr. 10). En opinión de Alemania, la conclusión de que la calidad de miembro como tal *no* entraña responsabilidad, junto con el hecho de que una organización internacional está dotada de personalidad jurídica propia, significa sin embargo que el comentario no va lo suficientemente lejos: no solo no hay presunción de responsabilidad, sino que existe incluso una presunción contra dicha responsabilidad. En consecuencia, un tercero *no* será normalmente capaz de confiar en la responsabilidad de los Estados miembros. Alemania consideraría preferible modificar el comentario en consecuencia o, probablemente la solución más fácil para evitar confusiones, simplemente suprimir la referencia al número de miembros en el comentario al proyecto de artículo 61.

Austria

Es difícil comprender cómo la «responsabilidad subsidiaria» se deriva de la mera aceptación o la confianza generada por el comportamiento, ya que la «responsabilidad subsidiaria» a que se refiere el párrafo 2, en particular, es un concepto inusual del derecho internacional que requiere una clara indicación de su relación con la responsabilidad original.

República Checa

Tanto la práctica de los Estados como la jurisprudencia muestran que los Estados miembros por regla general no son considerados responsables por los hechos ilícitos de las organizaciones internacionales. La primera excepción (establecida en el párrafo 1, apdo. *a*), es decir, cuando el Estado acepta la responsabilidad, es adecuada en términos generales. En cambio, la segunda excepción (prevista en el párrafo 1, apdo. *b*) es bastante más cuestionable, sobre todo porque es muy poco clara. En este caso, lo que hace incurrir en responsabilidad no es un consentimiento implícito, sino la existencia de circunstancias que han inducido a la parte lesionada a confiar en la responsabilidad del Estado por el comportamiento de una organización internacional. El comentario de la Comisión no arroja demasiada luz al respecto.

[1] Reino Unido, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, *Maclaine Watson & Co. Ltd.* v. *Department of Trade and Industry*; *J. H. Rayner (Mincig Lane) Ltd.* v. *Department of Trade and Industry and Others*, sentencia de 27 de abril de 1988, ILR, vol. 80, pág. 109.

SEXTA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 63. Lex specialis

ALEMANIA

El párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 63 hace referencia a la posibilidad de que normas especiales relativas a la responsabilidad internacional no solo completen sino también *sustituyan totalmente* las normas más generales contenidas en el presente proyecto. Como ya ha mencionado en relación con las contramedidas (véase la observación sobre el proyecto de artículo 21), Alemania está convencida de que la relación entre una organización internacional y sus Estados miembros se rige, efectiva y exclusivamente, por el reglamento interno de esa organización. Si bien el proyecto de artículos aprobado en primera lectura dista de reflejar plenamente esta posición, Alemania celebra observar que la Comisión ha dejado margen para una interpretación caso por caso permitiendo que las normas de una organización internacional (debidamente enumeradas en el artículo 63 como una posible fuente de *lex specialis*) sustituyan totalmente a las normas generales del proyecto.

BÉLGICA

Bélgica manifiesta su asombro por el excesivo alcance de esta disposición, que puede privar al proyecto de artículos de todo interés. A juicio de Bélgica, conviene no acordar sino un efecto relativo a la regla «interna» particular aprobada por la organización. En concreto, el principio contenido en el proyecto de artículo 63 solo debería aplicarse a las reglas de la organización relativas a su responsabilidad externa, a excepción de las que atañen a la responsabilidad de la organización para con sus miembros. En consecuencia, Bélgica quisiera sugerir a la Comisión que suprima esta disposición o restrinja explícitamente su alcance, tanto en el texto de la disposición como en su comentario, sustituyendo por ejemplo el fin de la disposición, a partir de «se rijan por normas especiales de derecho internacional» por el texto siguiente: «se rijan por normas especiales de la organización aplicables a las relaciones entre una organización internacional y sus miembros».

MÉXICO

1. Dada la gran diversidad en cuanto al tipo y funciones de las organizaciones internacionales, la regla sobre la *lex specialis* cobra una gran relevancia práctica en el contexto del presente proyecto. En ese sentido, se invita a la Comisión a considerar la posibilidad de agregar otros ejemplos en los comentarios a efecto de contar con un panorama más amplio en torno a las situaciones concretas que intenta regular el artículo 63.

2. Al respecto, sería conveniente tener presente el sistema de responsabilidad de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos por los daños causados por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus facultades y funciones conforme a lo previsto en el artículo 22 del anexo III de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Asimismo, es relevante tener en cuenta el contenido del artículo 139 de dicha Convención en lo que atañe a los daños causados por una organización internacional.

REPÚBLICA CHECA

La República Checa considera que el proyecto de artículo 63 es plenamente aceptable cuando normas especiales (incluidas las reglas de la organización) complementan normas generales, sobre todo si regulan el modo de hacer efectiva la responsabilidad. Es posible que esas normas también regulen las relaciones de responsabilidad entre la organización y sus Estados miembros. Sin embargo no deberían nunca impedir que una organización internacional incurriera en responsabilidad, a menos que esa responsabilidad se atribuyera al Estado miembro. Por otra parte, la República Checa tampoco desea que se adopte un doble rasero, es decir, que se establezcan distintos parámetros para distintas organizaciones, o incluso para una misma organización, según cuál sea el organismo de solución de controversias interviniente (por ejemplo, la OMC, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Artículo 66. Carta de las Naciones Unidas

PORTUGAL

Portugal quisiera expresar sus dudas sobre la conveniencia de incluir el proyecto de artículo 66. Según el Artículo 4 de la Carta de las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales no pueden ser partes en la Carta. Así, la posición de las organizaciones internacionales respecto de la Carta no es tan fácil de evaluar como en el caso de los Estados. No obstante, merece examinarse más detenidamente la inclusión de una disposición que refleje el contenido del artículo 59 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

[Tema 3 del programa]

Documento A/CN.4/637 y Add.1

Comentarios y observaciones recibidos de organizaciones internacionales

[Original: inglés]
[14 y 17 de febrero de 2011]

ÍNDICE

Página

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento ... 144

Obras citadas en el presente documento ... 145

Párrafos

INTRODUCCIÓN ... 1-2 145

COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES ... 145

A. Observaciones generales ... 145
Banco Mundial ... 145
Comisión Europea ... 145
Consejo de Europa ... 146
FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO ... 146
FMI ... 147
Naciones Unidas ... 147
OCDE ... 148
OIT ... 148
OTAN ... 149
UNIDROIT ... 150

B. Comentarios específicos sobre el proyecto de artículos ... 150
PRIMERA PARTE. INTRODUCCIÓN ... 150
Artículo 1. Alcance del presente proyecto de artículos ... 150
Consejo de Europa ... 150
FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO ... 151
OIT ... 151
Artículo 2. Términos empleados ... 152
Banco Mundial ... 152
Comisión Europea ... 152
FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO ... 152
Naciones Unidas ... 152
OIT ... 154
OSCE ... 155

SEGUNDA PARTE. EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL ... 155

CAPÍTULO I. PRINCIPIOS GENERALES ... 155
Artículo 4. Elementos del hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional ... 155
Comisión Europea ... 155
OIT ... 156

CAPÍTULO II. ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO A UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL ... 156
Artículo 5. Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional ... 156
Banco Mundial ... 156

Página

Naciones Unidas ... 156
OCDE ... 159
Artículo 6. Comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional ... 159
Comisión Europea ... 159
Naciones Unidas ... 160
OIT ... 160
Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones ... 161
FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO ... 161
Naciones Unidas ... 161
Artículo 8. Comportamiento que una organización internacional reconoce y adopta como propio ... 161
Comisión Europea ... 161
Naciones Unidas ... 162

CAPÍTULO III. VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL ... 162
Artículo 9. Existencia de violación de una obligación internacional ... 162
Banco Mundial ... 162
Comisión Europea ... 162

CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UN ESTADO O DE OTRA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL ... 163
Comisión Europea ... 163
Artículo 13. Ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito ... 164
Banco Mundial ... 164
Comisión Europea ... 164
Naciones Unidas ... 164
OIT ... 165
Artículo 14. Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito ... 165
Banco Mundial ... 165
Naciones Unidas ... 166
Artículo 15. Coacción sobre un Estado u otra organización internacional ... 166
Naciones Unidas ... 166
Artículo 16. Decisiones, autorizaciones y recomendaciones dirigidas a los Estados y las organizaciones internacionales miembros ... 167
Comisión Europea ... 167
Naciones Unidas ... 167
OCDE ... 168
OIT ... 168

CAPÍTULO V. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD ... 168
Artículo 19. Consentimiento ... 168
Naciones Unidas ... 168
Artículo 20. Legítima defensa ... 169
Naciones Unidas ... 169
Artículo 21. Contramedidas ... 169
Naciones Unidas ... 169
Artículo 24. Estado de necesidad ... 171
Naciones Unidas ... 171

TERCERA PARTE. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL ... 171

CAPÍTULO I. PRINCIPIOS GENERALES ... 171
Artículo 29. Cesación y no repetición ... 171
Naciones Unidas ... 171
Artículo 30. Reparación ... 172
FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO ... 172
Naciones Unidas ... 172
OIT ... 173
Artículo 31. Irrelevancia de las reglas de la organización ... 173
Comisión Europea ... 173
Consejo de Europa ... 173
Naciones Unidas ... 173
OIT ... 173

Página

Artículo 32. Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte ... 174
Naciones Unidas ... 174

Capítulo II. Indemnización ... 174
Artículo 35. Indemnización ... 174
OIT ... 174
Artículo 36. Satisfacción ... 174
Naciones Unidas ... 174
OIT ... 174
Artículo 37. Intereses ... 174
Naciones Unidas ... 174
Artículo 39. Medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de reparación ... 175
Comisión Europea ... 175
FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO ... 175
OIT ... 175

Cuarta parte. Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de una organización internacional ... 175

Capítulo I. Invocación de la responsabilidad de una organización internacional ... 175
Artículo 42. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado o la organización internacional lesionada ... 175
Comisión Europea ... 175
OSCE ... 175
Artículo 44. Admisibilidad de la reclamación ... 175
Naciones Unidas ... 175
OSCE ... 176
Artículo 47. Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales responsables ... 176
Comisión Europea ... 176

Capítulo II. Contramedidas ... 176
Artículo 50. Objeto y límites de las contramedidas ... 176
Comisión Europea ... 176
Naciones Unidas ... 176
OSCE ... 177
Artículo 51. Contramedidas tomadas por miembros de una organización internacional ... 177
Comisión Europea ... 177
Artículo 52. Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas ... 177
Naciones Unidas ... *177*
Artículo 53. Proporcionalidad ... 177
Naciones Unidas ... 177

Quinta parte. Responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de una organización internacional ... 177
OIT ... 177
Artículo 60. Responsabilidad de un Estado miembro que trate de eludir el cumplimiento de sus obligaciones ... 178
Comisión Europea ... 178
Artículo 61. Responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización ... 178
Comisión Europea ... 178

Sexta parte. Disposiciones generales ... 178
Artículo 63. Lex specialis ... 178
Banco Mundial ... 178
Comisión Europea ... 179
FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO ... 180
FMI ... 180
Naciones Unidas ... 180
OCDE ... 181
OIT ... 181
OSCE ... 181
OTAN ... 182
Artículo 66. Carta de las Naciones Unidas ... 182
Naciones Unidas ... 182

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	Fuente
Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (Versalles, 28 de junio de 1919)	Enrique Díaz Retg, *Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania*, Parte XIII, *Trabajo*, Barcelona, ALSA, 1919, pág. 307. Véase también *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Ginebra, OIT, 2003.
Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional y Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Washington, 27 de diciembre de 1945)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2, n.º 20, pág. 39. Para la versión modificada en 1969 y 1978, véase *Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional*, FMI, Washington D.C. (1988).
Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946)	Ibíd., vol. 1, n.º 4, pág. 15.
Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947)	Ibíd., vol. 33, n.º 521, pág. 261.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Acuerdo entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte relativo a la condición de las fuerzas (Londres, 19 de junio de 1951)	Ibíd., vol. 199, n.º 2678, pág. 67.
Constitución del Comité Intergubernamental para Migraciones Europeas (Constitución de la OIM) (19 de octubre de 1953)	Ibíd., vol. 207, n.º A-2807, pág. 189.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada de 2006 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea* C325, 29 de diciembre de 2006.
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) (Roma, 25 de marzo de 1957)	*Diario Oficial de la Unión Europea* C 83/47, 30 de marzo de 2010.
Convenio sobre concesión de la Patente Europea (Convenio sobre la Patente Europea) (Munich, 5 de octubre de 1973)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1065, n.º 16208, pág. 255.
Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (Acta Final de Helsinki) (Helsinski, 1 de agosto de 1975)	ILM, vol. 14 (1975), pág. 1292.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
IV Convención de Lomé entre la Comunidad Europea y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (Lomé, 15 de diciembre de 1989).	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1924, n.º 32847, pág. 3.
Carta de París para una Nueva Europa (París, 21 de noviembre de 1990)	ILM, vol. 30 (1991), pág. 190.
Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (Maastricht, 7 de febrero de 1992)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1757, n.º 30615, pág. 3. Versión consolidada: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C325, 24 de diciembre de 2002.
Acuerdo entre los Estados partes en el Tratado del Atlántico Norte y otros Estados participantes en la Asociación para la Paz relativo al estatuto de sus fuerzas (Bruselas, 19 de junio de 1995)	Estados Unidos, *Treaties and other international acts series*, 12666.
Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa de 2005 (Ginebra, 29 de abril de 2005)	*Diario Oficial de la Unión Europea* L 302, 19 de noviembre de 2005, pág. 47.
Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Lugano, 30 de octubre de 2007)	Ibíd., L 339, 21 de diciembre de 2007, pág. 3.
Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Lisboa, 13 de diciembre de 2007)	Ibíd., C 306, 17 de diciembre de 2007, pág. 1.

Obras citadas en el presente documento

DOPAGNE, Frédéric

Les contre-mesures des organisations internationales, Lovaina, Anthemis, 2010.

DUGARD, John

«Sanctions against South Africa. An international law perspective», en Mark Orkin (ed.), *Sanctions against Apartheid*, Nueva York, Community Agency for Social Enquiry, 1990, págs. 113 a 122.

Introducción

1. En su 61.º período de sesiones, en 2009, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[1]. La Comisión, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, decidió pedir al Secretario General que transmitiera el proyecto de artículos a los gobiernos[2] y a las organizaciones internacionales para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que esos comentarios y observaciones se presentaran al Secretario General antes del 1 de enero de 2011. El Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico, dirigió una comunicación de fecha 13 de enero de 2010 a 51 organizaciones y entidades internacionales para señalar a su atención el texto en primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales e invitarlos a que presentaran sus comentarios de conformidad con la solicitud de la Comisión.

2. Al 17 de febrero de 2011, se habían recibido comentarios por escrito de las 22 entidades siguientes (las fechas de presentación figuran entre paréntesis): Banco Mundial (29 de diciembre de 2010); Comisión Europea (22 de diciembre de 2010); Consejo de Europa (24 de enero de 2011); FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO (comunicación conjunta de 11 de enero de 2011); FMI (5 de enero de 2011); Naciones Unidas (17 de febrero de 2011); OCDE (23 de diciembre de 2010); OIT (presentación a título individual de 20 de enero de 2011); OSCE (20 de diciembre de 2010); y OTAN (20 de diciembre de 2010). Esos comentarios y observaciones, que se reproducen a continuación ordenados por temas, se inician con observaciones generales y continúan con comentarios específicos sobre el proyecto de artículos. En una comunicación de 12 de enero de 2011, el BASD indicó su respaldo a los comentarios del Banco Mundial de 29 de diciembre de 2010.

[1] El texto del proyecto de artículos aprobado en primera lectura figura en *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 50. El texto del proyecto de artículos con sus comentarios, figura en ibíd., párr. 51. Por su parte, el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con sus comentarios (en adelante, proyecto sobre la responsabilidad del Estado) figura en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31, párr. 77.

[2] Los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos figuran en el documento A/CN.4/636 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen.

Comentarios y observaciones recibidos de organizaciones internacionales

A. Observaciones generales

BANCO MUNDIAL

1. En su informe inicial, el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, establecido por la Comisión, aclaró que el término «responsabilidad», tal como se utilizaba en este proyecto y en el anterior sobre la responsabilidad del Estado, se refería únicamente a las «consecuencias que genera en derecho internacional un hecho internacionalmente ilícito»[1]. De ello se infiere que el proyecto de artículos está integrado por normas secundarias y que la Comisión no se propone definir el contenido de las obligaciones internacionales que, cuando se infringen, dan lugar a responsabilidad. La definición del contenido de esas obligaciones corresponde de hecho a las normas primarias, no a las secundarias. Además, dada la diversidad que existe entre las organizaciones internacionales también en relación con las diferentes fuentes jurídicas de sus obligaciones internacionales, a la Comisión le resultaría prácticamente imposible formular normas sobre responsabilidad en las que se tuvieran en cuenta las obligaciones que recaen sobre las organizaciones internacionales de resultas de normas primarias.

2. Para evitar el riesgo de que el proyecto de artículos de la Comisión y los correspondientes comentarios puedan servir de pretexto para hacer valer obligaciones primarias imaginarias de organizaciones internacionales, la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de señalar expresamente en sus comentarios de los principios generales (capítulo I de la segunda parte) que todas las referencias a las obligaciones primarias en el proyecto de artículos o en los comentarios conexos son simplemente ejemplos y no se hacen eco de conclusiones de la Comisión sobre tales obligaciones primarias, labor esta que no corresponde a la Comisión a los efectos de este proyecto.

3. Aunque los comentarios de buen número de proyectos de artículos contienen claras advertencias en relación con la escasa práctica existente (de ahí la utilización de palabras como «asimismo», «analogía» y «parecería ser»), tal vez convenga que la Comisión considere la posibilidad de explicar en su comentario en qué medida considera que el proyecto de artículos codifica el derecho vigente y, siempre que ello sea así, señale los casos pertinentes de práctica real.

COMISIÓN EUROPEA

1. Uno de los principales comentarios generales que se ha destacado previamente es la necesidad de que el proyecto

[1] *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 97, párr. 465.

de artículos sea suficientemente amplio para dar cabida a las especificidades de la UE. En la mayoría de los convenios multilaterales, actualmente es posible que la UE pase a ser una parte contratante junto con los Estados. La importante repercusión que la UE tiene en la práctica y la legislación convencionales internacionales obedece a sus características especiales como organización de integración (económica) regional. Los Estados miembros de la Unión han transferido competencias y facultades decisorias sobre diferentes asuntos a la Unión[1], la cual, como consecuencia de ello, participa en el ámbito internacional por cuenta propia y en su propio nombre. El gran número de tratados internacionales concertados por la UE forma parte del derecho de la Unión. Esos acuerdos son vinculantes no solo para las instituciones de la UE, sino también para sus Estados miembros. Además, a diferencia de las organizaciones internacionales tradicionales, la UE actúa y cumple sus obligaciones internacionales en gran medida por conducto de sus Estados miembros y sus autoridades y no necesariamente por conducto de sus propios «órganos» o «agentes». Por consiguiente, hay diferencias importantes entre, por una parte, las organizaciones internacionales tradicionales y, por otra, organizaciones tales como la UE, organización de integración (económica) regional con importantes facultades que le atribuye el derecho en materia de relaciones exteriores y que tienden a desarrollarse con el tiempo.

2. Habida cuenta de la regularidad con la que se la admite a participar en los tratados multilaterales junto con los Estados, la UE, en su calidad de organización de integración (económica) regional, ha configurado un derecho y una práctica importantes en materia de tratados. Con todo, este hecho se pone únicamente de manifiesto de manera muy limitada en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, tal como está actualmente redactado. Ello es un motivo de preocupación, dado que la UE es la organización internacional que posiblemente se verá más afectada por el proyecto de normas sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. No hay ninguna otra organización internacional en esa situación. Por el momento, la UE sigue sin estar convencida de que el proyecto de artículos y los correspondientes comentarios pongan debidamente de manifiesto la diversidad de las organizaciones internacionales. Varios proyectos de artículos parecen ser inadecuados o incluso inaplicables a organizaciones de integración regional como la UE, aun cuando se tengan en cuenta algunos de los matices que figuran actualmente en los comentarios. Además, algunos comentarios muestran que existe una práctica muy reducida o no pertinente para respaldar las disposiciones que sugieren. En tales casos, sigue planteándose la cuestión de si existe una base suficiente para que la Comisión proponga la norma en cuestión.

3. Habida cuenta de tales observaciones, la Comisión Europea considera que la CDI debe examinar de nuevo si el proyecto de artículos y los comentarios, tal como están redactados actualmente, están en condiciones de ser aprobados en segunda lectura o si es necesario proseguir los debates y la labor al respecto.

[1] Con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los ámbitos de las políticas integradas de la Unión se han ampliado (con la excepción de la política exterior y de seguridad común); véanse las categorías y los ámbitos de competencias de la Unión que figuran en los artículos 2 a 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Consejo de Europa[1]

1. El Consejo de Europa carece hasta el momento de una práctica concreta en materia de hechos ilícitos en virtud del derecho internacional que entrañen responsabilidad para la organización. En tales circunstancias los posibles comentarios no se basarían en la experiencia pertinente de incumplimiento de obligaciones internacionales y tendría más bien un carácter teórico. Además, el Consejo de Europa nunca ha tropezado con problemas en relación con el *ius gestionis*.

2. El Consejo de Europa acoge favorablemente el hecho de que el presente proyecto de artículos se inspire en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado y considera que ese enfoque es un punto de partida acertado.

3. El Consejo de Europa espera con interés los futuros debates de la Comisión sobre el proyecto de artículos, lo que permitiría seguir analizando la aplicabilidad del proyecto de artículos a las diferentes organizaciones internacionales, teniendo en cuenta sus diferentes características respectivas y la especificidad del ordenamiento jurídico que rige las diferentes organizaciones internacionales: el tratado constitutivo, el acuerdo relativo a la sede y el derecho internacional general.

FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO

1. Las principales preocupaciones de estas organizaciones guardan relación con lo siguiente: el excesivo paralelismo entre el proyecto de artículos y los artículos sobre la responsabilidad del Estado; la incertidumbre en cuanto al ámbito de aplicación del proyecto de artículos, en particular en lo concerniente a la responsabilidad de los Estados por comparación con las organizaciones internacionales; la ambigua interconexión entre el principio de la *lex specialis* y el papel asignado a las «reglas de la organización» y el hecho de que parezca que no se han tenido suficientemente en cuenta los diferentes tipos de organizaciones internacionales existentes con estructuras, funciones y mandatos muy diversos; la escasa atención prestada a la situación especial de las organizaciones internacionales en relación con la obligación de indemnizar; y las soluciones propuestas respecto de los actos *ultra vires* de un agente u órgano de una organización internacional.

2. La metodología seguida por la Comisión es un motivo de preocupación principalmente desde dos puntos de vista: en primer lugar, los proyectos de artículos se basan en un acervo muy reducido de prácticas, en buena medida emanadas de las actividades de unas pocas organizaciones internacionales; en segundo lugar, en los proyectos se tiene muy poco en cuenta la situación especial de las organizaciones internacionales por comparación con la de los Estados en lo concerniente a la responsabilidad de conformidad con el derecho internacional en general y, más concretamente, la reparación. Esas cuestiones surgen del método seguido por la Comisión, que utiliza el proyecto sobre la

[1] El Consejo de Europa adjuntó un resumen de la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disponible en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

responsabilidad del Estado como punto de partida para su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, aun cuando las dos situaciones son sumamente diferentes y plantean cuestiones jurídicas muy distintas. Las organizaciones internacionales y los Estados tienen personalidades jurídicas muy diferentes y el enfoque de la Comisión corre el riesgo de crear problemas prácticos, dado que las características específicas de las organizaciones internacionales únicamente se tienen en cuenta de manera muy limitada. En particular, la Comisión debe tener más en cuenta el hecho de que las organizaciones internacionales realizan necesariamente sus actividades en el territorio de Estados y el hecho de que desempeñan sus mandatos en el marco del principio de la especialidad.

3. La Comisión debería haber aplicado un enfoque más práctico y centrado únicamente en ámbitos en que tienen cabida normas comunes para todas las organizaciones internacionales, en que existe una práctica en la que basar tales normas y en que existe una necesidad práctica de codificación o de desarrollo progresivo del derecho internacional de resultas de las actividades y de la experiencia de las organizaciones internacionales.

4. También cabría prever, por lo menos si el proyecto de artículos fuera finalmente aprobado en forma de convención internacional, la posibilidad de establecer un mecanismo análogo al de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, con arreglo al cual las cláusulas estándar y los anexos se sometían en primer lugar a la aprobación de las organizaciones internacionales correspondientes antes de someterlos a la aceptación de los Estados miembros. Además, en el marco de esa Convención se ha desarrollado una práctica consistente en supeditar la presentación de reservas al consentimiento de los organismos de que se trate. Una posibilidad aún más clara para proteger los intereses de las organizaciones internacionales sería que estas pasaran a ser partes en una convención internacional que se ocupara de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y estableciera para ellas obligaciones como en el caso de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

FMI

1. La preocupación primordial del FMI guarda relación con el modo de enfocar la cuestión y con el hecho de que, para la preparación del proyecto de artículos, la Comisión se basa en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. El FMI considera que ese enfoque está mal orientado por dos razones.

2. En primer lugar, hay una diferencia fundamental entre un Estado y una organización internacional. A diferencia de los Estados, las organizaciones internacionales no poseen una competencia general[1]. Por el contrario, la competencia jurídica de una organización se ve limitada por su instrumento constitutivo, el cual, junto con las normas y decisiones adoptadas en su virtud, constituye la *lex specialis*. La responsabilidad de la organización por las medidas adoptadas respecto de sus miembros debe determinarse mediante un examen de si actuó de conformidad con este marco jurídico o por el contrario infringió una norma imperativa de derecho internacional u otra obligación que hubiese aceptado voluntariamente. En su formato actual, el proyecto de artículos sugiere erróneamente que una organización internacional puede incurrir en responsabilidad respecto de sus miembros aun cuando observe su instrumento constitutivo, normas imperativas y otras obligaciones que haya aceptado concretamente. Este enfoque no está en consonancia con el principio *lex specialis derogat legi generali*.

3. En segundo lugar, muchos de los proyectos de artículos no se prestan a una aplicación universal. Hay importantes diferencias entre los marcos jurídicos de las diferentes organizaciones internacionales y resulta muy difícil formular principios que se apliquen a todas las organizaciones. En tanto que todos los Estados poseen los mismos atributos, las organizaciones internacionales tienen diferentes objetivos, mandatos y facultades. En el proyecto de artículos no se tienen en cuenta esas diferencias y, como consecuencia de ello, se incluyen disposiciones que parecerían de importancia limitada por lo menos para algunas organizaciones internacionales (por ejemplo, las instituciones financieras internacionales). El FMI duda de que sea apropiado incluir tales disposiciones en el proyecto.

4. Además, parece ser que muchas de las características del proyecto de artículos van más allá de las opiniones generalmente aceptadas sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. El FMI reconoce que el artículo 1, párr. 1, del estatuto de la Comisión dispone que la Comisión «tendrá por objeto impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación». Aunque la Comisión no ha proporcionado ninguna orientación acerca de en qué medida el proyecto de artículos representa la codificación o el desarrollo progresivo del derecho internacional, queda claro que la mayoría de los artículos constituyen un intento de contribución al desarrollo progresivo[2]. Este aspecto debe constar de manera expresa en el comentario.

Naciones Unidas

1. La Secretaría de las Naciones Unidas señala que, para tratar la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, es fundamental que se reconozca plenamente el «principio de especialidad». Como indicó la CIJ en su opinión consultiva *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*,

las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional que no gozan, a diferencia de los Estados, de competencias generales. Las organizaciones internacionales se rigen por el «principio de

[1] En su opinión consultiva *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, la CIJ señaló que «las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional que no gozan, a diferencia de los Estados, de competencias generales. Las organizaciones internacionales se rigen por el "principio de especialidad", es decir, están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado» (*C.I.J. Recueil 1996*, pág. 78, párr. 25. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 105).

[2] Un ejemplo es el proyecto de artículo 16, párr. 2, en el que se dispone que una organización internacional incurre en responsabilidad simplemente si autoriza o recomienda que un Estado miembro cometa un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización.

especialidad», es decir, están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado[1].

En consecuencia, es esencial que, al aplicar *mutatis mutandis* a las organizaciones internacionales el conjunto de principios establecidos en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión tenga en cuenta las especificidades de las distintas organizaciones internacionales, es decir, su estructura institucional, la naturaleza y composición de sus órganos rectores y sus normas, reglas y procedimientos especiales: en definitiva, su carácter especial. La Secretaría observa que, si bien se confiere cierta eficacia a ese principio mediante la aplicación del proyecto de artículo 63 sobre la *lex specialis*, muchas de las observaciones de la Secretaría se basan en el principio de «especialidad».

2. En este sentido, la Secretaría preferiría que se incluyera una introducción general como prólogo de los comentarios específicos de las normas que estableciera, al igual que la introducción general de los comentarios del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, los principios que han orientado a la Comisión al codificar o desarrollar las normas de derecho internacional o los principios rectores sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Esos principios deberían incluir, entre otras cosas, una explicación de las diferencias entre los Estados y las organizaciones internacionales y las diferencias entre las distintas organizaciones internacionales (principio de especialidad), la dicotomía entre normas primarias y secundarias y la distinción entre normas de derecho internacional y normas internas de la internacional, organización. A este respecto, la Secretaría también sugiere que esa introducción establezca claramente que todas las referencias a las normas primarias que figuran en los comentarios se hacen sin perjuicio de su contenido o de su aplicabilidad a las organizaciones internacionales.

3. Otro aspecto en que el derecho relativo a la responsabilidad de las organizaciones internacionales difiere del relativo a los Estados es el alcance de la práctica disponible en que se puede basar la Comisión para determinar ese derecho. A este respecto, la Secretaría observa que la Comisión ha reconocido, en los comentarios de varios proyectos de artículos, que la práctica en que se apoya la disposición propuesta es escasa o inexistente. Una introducción general a los comentarios podría mencionar este aspecto y explicar las consecuencias que tiene para el proyecto de artículos.

4. En los casos en que la Comisión aún no ha tenido acceso a la práctica existente, la Secretaría ha tratado de proporcionarle información adicional sobre la práctica de las Naciones Unidas en el ámbito en cuestión.

5. El examen de la Secretaría se limita a 26 proyectos de artículos de especial interés para las Naciones Unidas y se ha realizado a la luz de la práctica existente, que, aunque no sea necesariamente exhaustiva, es no obstante indicativa. En algunos casos, la práctica coincide con la norma propuesta, en otros la contradice y en otros casos la práctica no es uniforme o su calificación jurídica es controvertida o no se ha articulado. Gran parte de la práctica de la Organización que se examina se refiere a las operaciones de mantenimiento de la paz y, respecto de algunos proyectos de artículos, al modo en que la Organización trata las reclamaciones privadas de personas u otras entidades no estatales. Si bien esas reclamaciones no son objeto del presente proyecto de artículos, se ha incluido esa práctica por su eventual utilidad para la Comisión.

6. Sin embargo, la inexistencia de práctica pertinente en la Organización no siempre es concluyente, y en algunos casos la Secretaría expresa su apoyo a la inclusión de una norma que sirva de principio rector para el desarrollo de una posible práctica futura. Pero cuando la falta de práctica se debe a la naturaleza intrínseca de la Organización o cuando la analogía con la responsabilidad del Estado no parece justificarse, la Secretaría cuestiona la idoneidad de incluir la norma en el proyecto de artículos, o de incluirla tal y como está formulada.

OCDE

1. El proyecto sobre la responsabilidad del Estado tal vez no sea siempre aplicable a las organizaciones internacionales y, por ello, no debe servir de base para redactar los artículos sobre su responsabilidad. De hecho, si bien las organizaciones internacionales tienen personalidad jurídica, a diferencia de los Estados no poseen una competencia general, sino que se ven limitadas por el alcance de su mandato, tal como se pone de manifiesto en sus instrumentos constitutivos. Así pues, la OCDE comparte la opinión de que la Comisión debe considerar la posibilidad de explicar en sus comentarios el alcance que debe atribuirse al proyecto de artículos como instrumento codificador del derecho vigente sobre la base de la práctica real.

2. En el actual proyecto de artículos no se indican los mecanismos para hacerlos cumplir ni las entidades que se encargarían de su interpretación. ¿Prevería la Comisión un órgano internacional o un tribunal nacional que tuviera esa competencia general respecto de las organizaciones? Como recordó el FMI[1], ambos enfoques pueden no estar en consonancia con los instrumentos constitutivos de algunas organizaciones internacionales que indican precisamente cuáles son los mecanismos de interpretación o encargados de exigir el cumplimiento en el caso de ciertas cuestiones como la solución de controversias.

OIT

1. El proyecto de artículos se atiene excesivamente al proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Se considera que el paralelismo entre los Estados y las organizaciones internacionales en relación con la cuestión de la responsabilidad no está justificado, habida cuenta de la diferente importancia entre ambos temas en el derecho internacional. En tanto que los Estados ejercen una jurisdicción general, las organizaciones internacionales ejercen una jurisdicción que está concretamente en función de las competencias que les otorgan expresa o tácitamente sus instrumentos constitutivos.

[1] *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 78, párr. 25. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 105.

[1] Véase *Anuario… 2004*, vol. II (primera parte), pág. 23, documento A/CN.4/545, párr. 6 de las observaciones generales.

2. Las organizaciones internacionales, a diferencia de los Estados, realizan necesariamente sus actividades dentro del territorio de varios Estados. Como consecuencia de ello, muchos instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales contienen una disposición sobre la personalidad jurídica y la capacidad legal de las organizaciones internacionales dentro de sus Estados miembros. Algunos ejemplos son el artículo 39 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo; el artículo 9, secc. 2, del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional; el capítulo 9, art. 27, de la Constitución de la OIM; el artículo 5 del Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa de 2005; o el artículo 5 del Convenio sobre la Patente Europea, entre otros.

3. Es importante distinguir entre los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por organizaciones internacionales, los cuales constituyen una violación del derecho internacional, y los hechos ilícitos según la legislación nacional. Si bien la Comisión aclara que estos últimos hechos no están abarcados por el proyecto de artículos[1], algunos de los ejemplos citados en los documentos son ambiguos. Uno de los principales argumentos del Relator Especial en favor de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales era que la CIJ había manifestado en la opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* que cabía exigir responsabilidad a las Naciones Unidas por los daños dimanantes de «tal hecho»[2]. Es importante recordar que «tal hecho» se refiere a declaraciones consideradas difamatorias por dos empresas comerciales, que normalmente constituyen violaciones de la legislación nacional. Dado que son cometidas por las Naciones Unidas o sus agentes en el desempeño de su cargo, se aplica la inmunidad procesal, si bien «el hecho» por el que se puede exigir responsabilidad a las razones internacionales constituye un hecho que sigue entrañando una violación de la legislación nacional y no un hecho internacionalmente ilícito.

4. Cuando las organizaciones internacionales actúan dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales, incluso cuando no cumplen un contrato comercial o un casco azul conduce incorrectamente, esto es, se cometen hechos que son contrarios a la legislación, esas violaciones del derecho no constituyen hechos internacionalmente ilícitos. Se trata simplemente de violaciones de la legislación nacional que quedan amparadas por la inmunidad procesal. Si se retirara esa inmunidad, las organizaciones internacionales quedarían sujetas a la jurisdicción de los tribunales nacionales. Por consiguiente, tales ejemplos no pueden servir directamente de base para examinar el tema que se debate en la Comisión, sino que únicamente sirven para respaldar el principio general de que cabe exigir responsabilidad a las organizaciones internacionales por los daños dimanantes de hechos considerados ilícitos en la legislación nacional. Por consiguiente, la OIT insta a la Comisión a que revise los ejemplos citados en los comentarios, como el accidente de automóvil en Somalia que se cita en el párrafo 5 del comentario general del capítulo II de la segunda parte o las situaciones que dan lugar a una indemnización por parte de las Naciones Unidas, que se mencionan en el comentario del proyecto de artículo 35.

[1] Párr. 3 del comentario al proyecto de artículo 1.

[2] *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 88, párr. 66. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 66.

OTAN

1. La OTAN desea expresar su preocupación en general por el hecho de que el proyecto de artículos y el comentario conexo no siempre parecen contemplar plenamente la situación concreta de organizaciones en las que, de resultas del carácter de la actividad que realizan u otros factores, los Estados miembros mantienen prácticamente la totalidad de la capacidad para adoptar decisiones y participan de manera cotidiana en la gobernanza y el funcionamiento de la organización.

2. Las observaciones siguientes guardan relación con la estructura de la organización, sus procedimientos de adopción de decisiones y su práctica respecto de las reclamaciones. La OTAN es una organización internacional en el sentido de lo dispuesto en el artículo 2, apdo. *a* del proyecto de artículos y está sujeta al derecho internacional. Posee personalidad jurídica internacional y facultades para concertar tratados.

3. El Consejo del Atlántico Norte es la principal institución normativa y decisoria de la OTAN. El Consejo está integrado por representantes de todos los Estados miembros, reunidos en sesión permanente. El Consejo se reúne principalmente a nivel de representantes permanentes, quienes están destinados en la sede de la OTAN, aunque también se reúne, por lo general dos veces al año, a nivel de ministros de relaciones exteriores o de defensa y menos frecuentemente a nivel de jefes de Estado y de gobierno. El Consejo actúa con la misma autoridad y las mismas facultades decisorias y sus decisiones tienen el mismo rango y validez cualquiera que sea el nivel al que se reúna.

4. Las decisiones de la OTAN se toman por consenso después de la celebración de debates y consultas entre los representantes de los Estados miembros. No se procede a ninguna votación ni a la adopción de decisiones por mayoría. Todos los Estados miembros de la OTAN tienen el mismo derecho a expresar sus opiniones en el Consejo y no se adoptan decisiones hasta que todos los Estados están dispuestos a sumarse al consenso en su apoyo. Así pues, las decisiones constituyen la expresión de la voluntad colectiva de los Estados miembros soberanos, lograda mediante el consentimiento y el apoyo de todos. Cada Estado miembro es plenamente responsable de sus decisiones y se prevé que adopte las medidas necesarias para garantizar que cuenta con la capacidad jurídica y de otra índole que se requiere a nivel nacional para poner en práctica las decisiones que el Consejo ha adoptado con la participación y el apoyo de ese Estado. El principio de la adopción de decisiones por consenso se aplica en toda la organización, lo que pone de manifiesto que son los Estados miembros los que deciden y que cada uno de ellos participa o tiene plenamente la oportunidad de participar en cada etapa del proceso de adopción de decisiones. Este principio se aplica en todos los niveles de la organización; todos los Estados miembros pueden participar —y en la práctica participan— en pie de igualdad en todos los comités y otros órganos subordinados de la OTAN.

5. En cuanto a las misiones de la OTAN, cada operación de la OTAN o dirigida por ella requiere un mandato del Consejo del Atlántico Norte. Los Estados representados en el Consejo tienen la facultad de adoptar por sí mismos decisiones sobre las operaciones dirigidas por la OTAN, aunque, en la práctica, sus decisiones normalmente son adoptadas sobre la base de resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o en respuesta a una solicitud de un determinado Estado o grupo de Estados que recaban la participación o el apoyo de la OTAN. En cada mandato se indican el objetivo y la finalidad de la operación. Los Estados miembros de la OTAN acuerdan en el marco del Consejo del Atlántico Norte el contenido concreto de una determinada misión y piden a las autoridades militares de la OTAN información sobre las necesidades militares para desempeñar con éxito la misión. Una vez que el Consejo del Atlántico Norte ha adoptado la decisión de poner en marcha una operación dirigida por la OTAN, las autoridades militares de la OTAN establecen un plan operacional que, a su vez, ha de ser aprobado por el Consejo; ese plan operacional incluye, entre otras cosas, normas de intervención (particularmente disposiciones sobre el uso de la fuerza); y normas sobre jurisdicción y reclamaciones. El mandato del Consejo del Atlántico Norte y el plan operacional militar generalmente reafirman de manera expresa el propósito de la nación de llevar a cabo la operación con pleno respeto del derecho internacional público aplicable, incluidos el derecho internacional humanitario y, según corresponda, los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos.

6. En lo tocante a las reclamaciones contractuales que puedan surgir en el marco de una operación u otra actividad de la OTAN, es de destacar que se incluye una cláusula estándar de arbitraje en todos los contratos en que la organización es parte. En caso de que no se resuelvan de manera amistosa, las controversias que puedan surgir en el marco de una relación contractual pueden someterse a arbitraje de conformidad con los términos de esa disposición.

7. Lo último que hay que destacar, aunque quizás es lo que resulta más directamente pertinente para la cuestión de responsabilidad jurídica, son los procedimientos que utiliza la OTAN para atender a las reclamaciones. Los procedimientos aplicables a las reclamaciones surgidas entre los Estados miembros de la OTAN figuran en el artículo VIII del Acuerdo entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte relativo a la condición de las fuerzas. Mediante el Acuerdo entre los Estados partes en el Tratado del Atlántico Norte y otros Estados participantes en la Asociación para la Paz relativo al estatuto de sus fuerzas, sus disposiciones también se aplican, *mutatis mutandis*, a todos los Estados participantes en el programa de la Asociación para la Paz.

8. En el caso de las operaciones realizadas conjuntamente con Estados que no son miembros de la OTAN ni participan en el programa de la Asociación para la Paz, las disposiciones sobre reclamaciones figuran normalmente en un acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas o un acuerdo similar concertado entre la OTAN y ese Estado o Estados y abarcan a los Estados participantes no pertenecientes a la OTAN y a los Estados miembros de la OTAN.

9. Las disposiciones y los procedimientos de la OTAN en materia de reclamaciones llevan aplicándose eficazmente por la OTAN y sus Estados miembros durante unos 60 años y en el caso de los países asociados a la OTAN durante un período de tiempo más breve, aunque prolongado, y han servido de modelo para establecer relaciones similares en otros ámbitos de la comunidad internacional.

UNIDROIT

1. Los objetivos del UNIDROIT son examinar el modo de armonizar y coordinar el derecho privado de los Estados y grupos de Estados y preparar gradualmente la aprobación por los diferentes Estados de normas uniformes de derecho privado. A tal efecto, el UNIDROIT prepara proyectos de ley y de convenciones con el fin de establecer un derecho interno uniforme; prepara proyectos de acuerdo con miras a facilitar las relaciones internacionales en la esfera del derecho privado; realiza estudios de derecho privado comparado; procede al seguimiento de proyectos ya iniciados en cualquiera de esas esferas por otras instituciones con las que mantiene relaciones en la medida necesaria; organiza conferencias y publica trabajos que considera deben ser objeto de una amplia difusión. Además, el UNIDROIT desempeña la función de depositario de algunos de los instrumentos aprobados bajo sus auspicios y realiza actividades de información y de asistencia técnica.

2. Aparte de las decisiones adoptadas por sus órganos sobre asuntos exclusivamente institucionales o financieros (aprobación del presupuesto, fijación de cuotas y nombramiento de agentes), el UNIDROIT no adopta decisiones vinculantes para sus Estados miembros. Los instrumentos aprobados bajo sus auspicios únicamente vinculan a los Estados que los hayan aceptado o ratificado o que se hayan adherido a ellos. Además, el UNIDROIT no es miembro de ninguna organización ni ninguna otra organización es miembro del UNIDROIT.

3. El UNIDROIT ha examinado detenidamente el proyecto de artículos y ha llegado a la conclusión de que no es probable que las actividades del UNIDROIT den lugar a acciones u omisiones que entrañen el tipo de responsabilidad que el proyecto se propone regular.

B. Comentarios específicos sobre el proyecto de artículos

Primera parte

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. Alcance del presente proyecto de artículos

Consejo de Europa

El Consejo de Europa espera con interés que la Comisión siga estudiando la correlación entre el ámbito de aplicación del proyecto de artículos que figura en el proyecto de artículo 1 (responsabilidad internacional por un hecho que es ilícito en virtud del derecho internacional) y los comentarios que se refieren frecuentemente al *ius gestionis*.

FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO

1. Estas organizaciones comparten algunas preocupaciones en relación con el alcance del proyecto de artículos. En particular, les resulta difícil entender por qué la Comisión ha incluido disposiciones sobre algunas cuestiones acerca de la responsabilidad de los Estados en relación con la de las organizaciones internacionales, en tanto que ha excluido otras cuestiones. Habida cuenta de la diferente personalidad jurídica de las organizaciones internacionales, la Comisión debería haberse atenido al título del tema que se le encomendó examinar, que se limita a la «responsabilidad de las obligaciones internacionales»; de lo contrario, debería haber aplicado sistemáticamente un enfoque más flexible, mediante la inclusión en el proyecto de artículos de todos los aspectos de la responsabilidad de los Estados que guardan relación con las organizaciones internacionales (incluida la responsabilidad de los Estados frente a las organizaciones internacionales).

2. Lamentablemente, en el proyecto de artículos no se ha optado por seguir sistemáticamente uno de esos dos enfoques: por una parte, en el párrafo 10 del comentario del proyecto de artículo 1, la Comisión explica que «[l]os presentes artículos no abordan las cuestiones relativas a la responsabilidad internacional en que un Estado puede incurrir respecto de una organización internacional» (véase también el proyecto de artículo 18). Sin embargo, por otra parte en varios artículos se abordan tales cuestiones de manera expresa o como corolario (en particular, los proyectos de artículos 1, párr. 2; 32, párr. 2; 39; 49 y 57 a 61).

3. La Comisión debería seguir este segundo enfoque y abordar todos los aspectos de la responsabilidad de los Estados relacionados con las organizaciones internacionales. Contrariamente a lo que la Comisión señala en el mencionado comentario del proyecto de artículo 1, parece ser que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado ciertamente no abarca todas las cuestiones vinculadas con la responsabilidad de los Estados en relación con las organizaciones internacionales. Si fuera ese el caso, debería señalarse de manera expresa en la disposición del proyecto de artículos y no únicamente en un comentario. No obstante, a estas organizaciones no les cabe duda de que ese es el caso y opinan que el enfoque iniciado en el proyecto de artículos que figura *supra* debe complementarse a fin de abordar de manera definitiva y total la interacción entre la responsabilidad de los Estados y las organizaciones internacionales con arreglo al derecho internacional. En caso de que el proyecto de artículos se ocupe de la responsabilidad de los Estados frente a las organizaciones internacionales, tal como estas organizaciones sugieren aquí, instan a la Comisión y al Relator Especial a que examinen debidamente las diferentes posiciones de los Estados miembros de una organización internacional y de los Estados no miembros.

OIT

1. En el proyecto de artículo 1 se dispone que el proyecto de artículos «se aplica» a la responsabilidad internacional de una organización internacional. Esta formulación plantea la cuestión de cuál es la base jurídica sobre la que se pretende «aplicar» el proyecto de artículos. Si el propósito es proponer un nuevo tratado internacional, la primera cuestión que hay que plantearse es quién debe ser invitado a negociar ese tratado y finalmente a concertarlo. ¿Debe ser un tratado concertado únicamente por organizaciones internacionales o únicamente por Estados o por ambos? Si el proyecto de artículos ha de ser ratificado solo por Estados, ha de abordarse cabalmente la cuestión de la relación entre los instrumentos constitutivos existentes y las necesidades del nuevo tratado. Si el proyecto de artículos ha de «aplicarse» a las organizaciones internacionales en calidad de derecho convencional, parecería más conveniente que esas disposiciones vinculasen a tales organizaciones y no únicamente a Estados. En ese caso ello constituiría una nueva obligación jurídica respecto de la que las organizaciones internacionales habrían de obtener el consentimiento de sus órganos supremos, normalmente integrados por la mayoría de sus Estados miembros, cuando no por todos ellos. En este caso, por lo menos se debería permitir que las organizaciones internacionales participaran plenamente en el proceso de preparación de ese tratado y sus observaciones deberían tener una mayor influencia en las deliberaciones de la Comisión. Tal vez se desee inspirarse en cierta medida en el modo en que las organizaciones internacionales participaron en la preparación y aplicación de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, o preferiblemente en el modo en que las organizaciones internacionales pueden quedar vinculadas en virtud de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

2. Si lo que se pretende es que el proyecto de artículos codifique el derecho consuetudinario vigente, habrá que basarse en la práctica general y en la *opinio juris*. A la vista de los ejemplos citados por la Comisión, resulta difícil detectar cierta práctica general. Además, las opiniones manifestadas por las organizaciones internacionales muestran no solamente la falta de *opinio juris*, sino también una clara oposición a la existencia de algún derecho consuetudinario, salvo en el caso de una serie muy reducida de normas que pueden ser consideradas de *jus cogens* en el derecho internacional. Así pues, el proyecto de artículos no parece constituir una codificación del derecho vigente y su transformación en normas jurídicas vinculantes podría hacerse únicamente mediante un tratado internacional que entrañase un elevado nivel de participación de las organizaciones internacionales.

3. Incluso si el proyecto de artículos cuenta únicamente con el respaldo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es importante que se desarrolle con arreglo a «las normas generales de derecho internacional, su instrumento constitutivo [de las organizaciones] o los acuerdos internacionales en que [las organizaciones] sea parte», tal como la CIJ manifestó en su opinión consultiva *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*[1].

4. Además, tal vez sea prudente examinar qué resultados pueden dimanar de la aplicación práctica del proyecto sobre la responsabilidad del Estado antes de iniciar el debate sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Nueve años después de su aprobación por

[1] *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 90, párr. 37. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 150.

la Comisión, esos artículos siguen siendo examinados por la Asamblea General, sin que se haya pedido que se negocie un tratado internacional.

Artículo 2. Términos empleados

Banco Mundial

El proyecto de artículos no contiene una definición de «órgano», en tanto que en el proyecto de artículo 2, apdo. *c*, figura la definición de «agente». El texto actual puede mejorarse. En particular:

a) Dado que la Comisión no ha definido el término «órgano», ¿incluye también a los órganos la definición de «agente»? Por una parte, cabría inclinarse por dar una respuesta negativa a esa pregunta, ya que la Comisión utiliza las palabras «órgano o agente» (por lo que distingue claramente los términos) en varios proyectos de artículos; por otra parte, cabe sentirse tentado a dar una respuesta afirmativa a esa misma pregunta, ya que la Comisión señala que «[l]a distinción entre órganos y agentes no parece pertinente a los efectos de la atribución de un comportamiento a una organización internacional»[1]. Para evitar equívocos sobre este punto, el Banco Mundial preferiría que, en el proyecto de artículos, la Comisión proporcionase una definición de «órgano» mediante una referencia a las reglas de la organización, por analogía con la definición del término que figura en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado[2].

b) En cuanto a la definición de «agente», el Banco Mundial considera que se ha preferido utilizar la palabra «comprende» en lugar de las palabras «se entiende por» porque se tenía interés en que la atribución de un comportamiento no se restringiera indebidamente. No obstante, para garantizar la certidumbre, el Banco prefiere ciertamente que se utilicen las palabras «se entiende por» en lugar de la palabra «comprende» en la definición tanto de «agente» como de «órgano».

[1] Párr. 5 del comentario del proyecto de artículo 5.

[2] Art. 4, párr. 2 (Comportamiento de los órganos del Estado).

Comisión Europea

La Comisión Europea observa que en el proyecto de artículo 2, apdo. *c*, se hace referencia al término «agente», aunque no se define. Tal vez sea conveniente que la CDI reexamine esta definición y la vincule con el proyecto de artículo 5, en el que se establece una norma general de atribución relacionada con el comportamiento de un «órgano» o un «agente».

FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO

Estas organizaciones no están seguras del papel que han de desempeñar en el proyecto de artículos las «reglas de la organización» que se definen en el proyecto de artículo 2, apdo. *b*[1]. En particular, les resulta difícil entender cómo se conjugan el hincapié que se hace en las reglas de la organización y el principio de la relevancia de las reglas de la organización que se expresa en el proyecto de artículo 31.

[1] Varios asesores manifestaron preocupación respecto de la definición de «reglas de la organización», que consideraban incompleta, y propusieron que se estableciera una jerarquía de reglas de la organización en el proyecto de artículo 2 o que, por lo menos, se destacara en su comentario.

Naciones Unidas

1. Por lo que respecta a la definición de «organización internacional» que figura en el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, y en particular a la composición de las organizaciones internacionales, en la práctica reciente de las Naciones Unidas, la Secretaría ha considerado organizaciones internacionales a dos tribunales internacionales, a saber, el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal Especial para el Líbano. Dichos Tribunales se establecieron mediante acuerdo entre las Naciones Unidas y los Gobiernos de Sierra Leona[1] y el Líbano[2], respectivamente, y ambos gozan de personalidad jurídica internacional y de una facultad limitada de celebrar tratados. Por tanto, en opinión de la Secretaría un (único) Estado y una organización internacional pueden, mediante acuerdo, establecer una organización internacional.

2. El proyecto de artículo 2, apdo. *b*, plantea la dificultad de la doble naturaleza de las «reglas de la organización», como normas internas y como normas de derecho internacional. Aunque en su comentario del proyecto de artículo 2 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1982, la Comisión reconoció esa dificultad y señaló que «[h]abría sido difícil referirse al “derecho interno” de una organización, porque ese derecho, si bien tiene un aspecto interno, desde otros puntos de vista tiene un aspecto internacional»[3], en el presente proyecto de artículos hay poco debate al respecto. Tal como se definen en la actualidad, y con sujeción a lo dispuesto en el proyecto de artículo 9, las «reglas de la organización», ya sean normas internas o normas de derecho internacional, podrían dar lugar a la responsabilidad internacional de la organización.

3. La Secretaría cuestiona la idoneidad de aplicar al ámbito de la responsabilidad internacional la definición de «reglas» que figura en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. La Secretaría opina, además, que la amplia definición de las «reglas de la organización», que incluye instrumentos que van mucho más allá de los instrumentos constitutivos de la organización, no solo amplía en gran medida las posibles violaciones de obligaciones de «derecho internacional» que pueden dar lugar a la responsabilidad de la organización, sino que, y más importante aún, podría también, con sujeción a lo dispuesto en el proyecto de artículo 9, ampliarlas a violaciones de normas internas.

[1] Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de un Tribunal Especial Residual para Sierra Leona (Nueva York, 29 de julio de 2010 y Freetown, 11 de agosto de 2010), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, n.º I-50125.

[2] Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa sobre el Establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano (Beirut, 22 de enero de 2007 y Nueva York, 6 de febrero de 2007), ibíd., vol. 2461, n.º 44232, pág. 257.

[3] *Anuario… 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr 25 del comentario al proyecto de artículo 2.

4. Con miras a evaluar plenamente las consecuencias que tiene la definición propuesta para el alcance de la aplicación del proyecto de artículos a las Naciones Unidas, la Secretaría desea ofrecer a la Comisión una breve descripción de los instrumentos de las Naciones Unidas que quedarían englobados en la actual definición de las «reglas de la organización», y cuya naturaleza, dependiendo de la regla en cuestión, puede ser internacional o interna:

a) El instrumento constitutivo de las Naciones Unidas es la Carta de las Naciones Unidas. Aunque la mayoría de sus disposiciones son de carácter internacional, algunas, como el Artículo 101, también son derecho interno de la Organización;

b) Normalmente se entiende que las «decisiones» y «resoluciones» son decisiones y resoluciones de los órganos principales de las Naciones Unidas, como la Asamblea General, el Consejo de Seguridad[4] y el Consejo Económico y Social. Algunas decisiones o resoluciones de órganos principales, como las convenciones internacionales aprobadas por la Asamblea General, tienen naturaleza de derecho internacional, mientras que otras, como las resoluciones por las que se aprueban el Estatuto y Reglamento del Personal de las Naciones Unidas o el Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada, son derecho interno de la Organización;

c) Los «actos de la organización» abarcan una gran diversidad de instrumentos muy diferentes, como decisiones y resoluciones de todos los órganos, incluida la Secretaría (boletines del Secretario General y otras publicaciones administrativas), intercambios de cartas entre los presidentes de los órganos de las Naciones Unidas, decisiones y pronunciamientos judiciales de tribunales internacionales establecidos por las Naciones Unidas y de tribunales internos de las Naciones Unidas, acuerdos internacionales celebrados entre el Secretario General y Estados u otras organizaciones internacionales, así como arreglos contractuales de todo tipo.

5. Diversos ámbitos de actividad de las Naciones Unidas se han desarrollado casi por completo a través de la práctica, en particular los relativos al establecimiento y la ejecución de las operaciones de mantenimiento de la paz y la dirección de los debates de los órganos principales y subsidiarios de la Organización (por ejemplo, la elección de cargos, los procedimientos de votación, entre otros).

6. La definición de las «reglas de la organización», tal como está formulada en la actualidad, no distingue entre normas internas y normas internacionales a efectos de atribuir responsabilidad a una organización internacional en el sentido del proyecto de artículo 9. Muchos de los instrumentos que quedarían incluidos en la definición podrían, dependiendo de su contenido, considerarse de naturaleza interna o internacional, con consecuencias muy distintas para la responsabilidad internacional de la organización. Por consiguiente, la Secretaría recomienda que se refleje esta importante distinción en la definición de las «reglas», a fin de establecer claramente que una violación de las reglas de la organización entraña la responsabilidad de esta, no por la violación de la «regla» en sí, sino por la violación de la obligación de derecho internacional que contiene.

7. Por lo que respecta al proyecto de artículo 2, apdo. *c*, la definición de «agente» se basa en un pasaje de la opinión consultiva *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* de la CIJ de 1949, en que la Corte señaló que entendía el término «agente» como:

> cualquier persona, sea o no funcionario remunerado y tenga o no un contrato permanente, a la que un órgano de la Organización ha encomendado que ejerza, o que ayude a ejercer, *una de sus funciones**; en resumen, toda persona por medio de la cual la Organización actúa[5].

8. La definición propuesta omite, sin embargo, la cláusula restrictiva que figura en la opinión consultiva de la Corte de Justicia Internacional, a saber, «cualquier persona [...] a la que un órgano de la Organización ha encomendado que ejerza, o que ayude a ejercer, *una de sus funciones**». En su comentario de los proyectos de artículos 5 y 7, la Comisión señala que el término «agente» se refiere «no solo a los funcionarios, sino también a otras personas que actúan *en nombre de las Naciones Unidas en el desempeño de funciones que les han sido asignadas por un órgano de la Organización**»[6], y que «los órganos y agentes son personas y entidades que ejercen *funciones** de la organización»[7]. Sin embargo, la naturaleza de las funciones desempeñadas no es un elemento que figure expresamente en la definición de la Comisión.

9. A fin de desempeñar sus funciones, la Organización actúa de distintas maneras por conducto de una gran diversidad de personas y entidades: desde funcionarios que desempeñan funciones básicas de las Naciones Unidas hasta contratistas individuales o empresas contratistas que suministran bienes y servicios y cuyas funciones son incidentales o accesorias de las «funciones de la Organización». Esta gran diversidad de personas y entidades, que va mucho más allá de las categorías originales de «personal» previstas en la Carta de las Naciones Unidas o de «funcionarios» y «peritos en misión» previstos en la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, ha evolucionado a lo largo de los 60 años de práctica de la Organización. Esa evolución refleja el crecimiento exponencial del número, la diversidad y la complejidad de los mandatos de las Naciones Unidas. Así, la Organización celebra habitualmente acuerdos de asociación y otros arreglos de colaboración con entidades como gobiernos y ONG y contrata a contratistas para el suministro de bienes y servicios.

10. A continuación figuran ejemplos de algunas de las categorías de personas y entidades «por medio de las cuales la organización actúa», desempeñen o no las funciones previstas en el mandato de esta:

a) *Personas*: funcionarios; personal que no es personal de la Secretaría; voluntarios de las Naciones Unidas; expertos (incluidos los designados por órganos de las

[4] El término «decisión» del Consejo de Seguridad también abarca las declaraciones de la Presidencia aprobadas por el Consejo de Seguridad.

[5] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 177; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

[6] Párr. 3 del comentario al proyecto de artículo 5.

[7] Párr. 2 del comentario al proyecto de artículo 7.

Naciones Unidas, relatores especiales, miembros de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, miembros de comisiones de investigación, miembros de grupos de expertos en sanciones, policía de las Naciones Unidas, oficiales de enlace militar, observadores militares, consultores, personal en concepto de préstamo no reembolsable y personal proporcionado gratuitamente); contratistas individuales; y personal de cooperación técnica.

b) *Entidades*: incluye a los órganos que desempeñan funciones en nombre de la Organización o suministran bienes y servicios a instancias suyas. Por ejemplo, las Naciones Unidas celebran periódicamente acuerdos comerciales con empresas privadas para el suministro de bienes y servicios. Según las condiciones generales de contratación que se adjuntan a los contratos celebrados para el suministro de bienes y servicios:

> El contratista tendrá la condición jurídica de contratista independiente con respecto a las Naciones Unidas, y nada de lo contenido en el contrato o relativo a este será interpretado en el sentido de establecer [...] una relación de empleador y empleado o de agente. Los funcionarios, representantes, empleados o subcontratistas de cada una de las partes no podrán ser considerados en ningún caso empleados o agentes de la otra parte y cada parte será responsable únicamente de las reclamaciones resultantes de o relativas a la contratación por ella de dichas personas o entidades[8].

El contrato también prevé que el contratista indemnice, exima de responsabilidad y defienda a las Naciones Unidas respecto de toda reclamación relativa a actos u omisiones del contratista o de cualquier subcontratista empleado por él en la ejecución del contrato. Aunque no puedan oponerse a terceros, esos contratos establecen la posición de la Organización sobre la naturaleza de la relación entre las partes.

11. Las Naciones Unidas también recurren habitualmente a «organismos de ejecución» y «asociados en la implementación» para realizar ciertos aspectos de sus actividades. El PNUD utiliza habitualmente «organismos de ejecución» para aplicar aspectos concretos de sus programas de asistencia. Con arreglo al Acuerdo básico modelo de asistencia del PNUD, se reconocen prerrogativas e inmunidades a los «organismos de ejecución», que, según su definición, incluyen a los organismos especializados y al OIEA, y se les otorga la condición de «contratista independiente». Los «asociados en la implementación» pueden incluir ONG y órganos gubernamentales. Tanto el PNUD como la OCAH celebran acuerdos con ONG para realizar ciertas actividades. En el modelo de acuerdo de cooperación para proyectos entre el PNUD y las ONG se especifica que los miembros del personal de las ONG *no se considerarán empleados ni agentes del PNUD* y que el PNUD no acepta ninguna responsabilidad por reclamaciones derivadas de las actividades realizadas al amparo del acuerdo. El acuerdo también obliga a las ONG a indemnizar y eximir de responsabilidad al PNUD respecto de todas las reclamaciones.

12. En opinión de la Secretaría, la amplia definición adoptada por la Comisión podría exponer a las organizaciones internacionales a una responsabilidad que no sería razonable y, por tanto, tal definición debería revisarse. En la práctica de las Naciones Unidas, un elemento necesario para determinar si una persona o entidad es un «agente» de la Organización consiste en que dicha persona o entidad desempeñe *funciones* de la Organización. No obstante, si bien el desempeño de las funciones previstas en el mandato es un elemento crucial, es posible que no sea determinante y cada caso debe considerarse por separado. Hay otros factores que también son pertinentes, como la condición de la persona o entidad o la relación y el grado de control que existe entre la Organización y dicha persona o entidad. Como se indicó más arriba, es posible, al menos en algunos contextos, que incluso las personas y entidades que desempeñan funciones que también desempeña la Organización no sean considerados «agentes» por esta, sino más bien asociados que ayudan a la Organización a lograr un objetivo común.

13. En opinión de la Secretaría, la definición de «agente» en el proyecto de artículos debería, cuando menos, diferenciar entre quienes desempeñan las funciones de una organización internacional y quienes no desempeñan tales funciones. Por tanto, la definición debería incluir, como elemento esencial, el criterio de que la persona o entidad desempeñe las «funciones previstas en el mandato de la organización». Sin embargo, como se señaló más arriba, es posible que este elemento no sea por sí solo determinante.

14. En consecuencia, la Secretaría alienta a la Comisión a que examine más a fondo la práctica de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales a fin de acotar las circunstancias que deben concurrir para concluir que una persona o entidad es un «agente» de una organización internacional en un caso concreto. Ello podría contribuir a aclarar mejor las características necesarias para llegar a esa misma conclusión a los efectos del proyecto de artículos.

OIT

1. La definición de «organización internacional» que propone la Comisión en el proyecto de artículo 2 agrega a la definición existente que los miembros de las organizaciones pueden ser «otras entidades». Eso no parece agregar un elemento significativo a lo que ya queda abarcado por la primera parte de la definición, que parece ser suficientemente amplia para incluir la posibilidad de que sean miembros entidades distintas de los Estados. El hecho de que pueda haber otros miembros no parece que influya en la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. La OIT observa que una organización ya sugirió que suprimiera el texto[1]. No obstante, la OIT respalda plenamente la idea de no utilizar las palabras «organización intergubernamental», ya que considera que con ello no se deja debidamente constancia de la estructura tripartita de la representación de los miembros en la OIT.

2. En anteriores comentarios de la OIT[2] ya se exponían ciertas reservas en relación con la definición del término «agente». La Comisión utilizó únicamente la última parte

[8] Naciones Unidas, Condiciones generales de contratación para el suministro de bienes y la prestación de servicios, párr. 1.2.

[1] Observaciones de la OIPC-Interpol, *Anuario… 2005*, vol. II (primera parte), pág. 35, documento A/CN.4/556.

[2] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/568 y Add.1.

de la definición de ese término realizada por la CIJ. Al hacerlo, se perdieron importantes precisiones como las palabras «a la que un órgano de la Organización ha encomendado»[3], con lo que se permitía que una entidad ajena a la organización determinara si esta había actuado mediante una persona o entidad distinta de sus funcionarios. Este enfoque no tiene en cuenta las reglas de organización y se puede llegar a una conclusión incluso contraria a esas reglas en situaciones en que las partes conciertan acuerdos mediante los que se excluyen expresamente las relaciones con organismos. La explicación de «agente» que se propone en el proyecto de artículos no existe al entender de la OIT en la práctica actual de las organizaciones internacionales ni en los principios generales del derecho que regula la actuación de los organismos; además, daría lugar a una importante modificación del modo en que actúan las organizaciones y desembocaría en un comportamiento excesivamente cauteloso en detrimento del desempeño de sus mandatos. Por ejemplo, el término «agente» no debería abarcar a los colaboradores externos (consultores) ni a subcontratistas tales como empresas u ONG a las que se pueda contratar para que presten asistencia en la realización de algunas tareas institucionales. En los contratos concertados por la OIT se ha incluido sistemáticamente una cláusula de exclusión de la responsabilidad de la organización por los actos de los colaboradores externos o suministradores de servicios.

3. Además, la Comisión tal vez desee prestar atención a la situación de los representantes de Estados que desempeñan temporalmente funciones para la organización, aunque en su calidad de representantes nacionales, como los presidentes de reuniones y órganos, los miembros de diferentes órganos, como la propia Comisión, o los magistrados de los tribunales administrativos y los tribunales penales internacionales. En caso de que tales personas fueran consideradas agentes, ¿surgiría responsabilidad para la organización correspondiente?

4. En sus comentarios de 2006[4], la OIT planteó la cuestión de las «entidades», tales como las empresas privadas. Habida cuenta de la creciente tendencia a la asociación entre los sectores privado y público en las organizaciones internacionales, esa amplia definición de «agente» tal vez produzca consecuencias negativas de amplio alcance por lo que respecta a la continuación del desarrollo de esas nuevas tendencias.

[3] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 177; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

[4] Véase la nota 2 *supra*.

OSCE

En el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 2, la Comisión parece considerar que la OSCE, aunque no está establecida por un tratado, reúne los dos criterios previstos en el proyecto de artículo 2, apdo. *a*, en el que se definen las organizaciones internacionales. Por el momento no existe un consenso entre los Estados de la OSCE en el sentido de que esta debe cumplir una de las dos condiciones indicadas: si la OSCE posee su propia persona jurídica o si los instrumentos constitutivos de la OSCE (en primer lugar, el Acta Final de Helsinki y la Carta de París para una Nueva Europa) se rigen por el derecho internacional. Esas cuestiones están siendo examinadas por los órganos deliberativos y decisorios de la OSCE, cuya secretaría está dispuesta a informar a la Comisión sobre los progresos realizados o la finalización de esas deliberaciones.

Segunda parte

EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Capítulo I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 4. Elementos del hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional

Comisión Europea

1. La Comisión Europea observa que la CDI decidió no incluir en el proyecto una disposición equivalente al artículo 3 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado (Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito). Las razones para no incluir una disposición equivalente en el proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales se exponen en los comentarios del proyecto de artículo 4, particularmente en los párrafos 4 y 5. En relación con la segunda oración del artículo 3 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, en esos comentarios se indica que las reglas internas de una organización internacional no se pueden distinguir claramente del derecho internacional. No obstante, si bien ese comentario puede ser adecuado en el caso de las organizaciones internacionales tradicionales, no parece que se ajuste a la situación de la UE. En esta última se interpreta en general, e incluso en su práctica judicial, que su ordenamiento interno está separado del derecho internacional.

2. En el histórico asunto *Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administración fiscal holandesa*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea establecía un nuevo ordenamiento jurídico que se distinguía del derecho internacional general:

> [L]a Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no solo los Estados miembros, sino también sus nacionales;
>
> […] en consecuencia, el derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico;
>
> […] esos derechos nacen, no solo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias[1].

3. Más recientemente en el asunto *Comisión c. Irlanda* (asunto de la fábrica Mox), el Tribunal de Justicia de la

[1] Asunto 26/62, sentencia de 5 de febrero de 1963, *Recopilación de Jurisprudencia 1963*, pág. 333.

Unión Europea destacó, en un proceso por incumplimiento en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que:

> un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de las competencias fijado por los Tratados y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal[2].

Además, en la sentencia de 3 de septiembre de 2008, relativa al recurso de casación del asunto *Kadi y Al Barakaat*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó que incluso la Carta de las Naciones Unidas no podía prevalecer sobre las normas constitucionales que figuraban en los tratados constitutivos de la UE (el «derecho primario de la UE») en relación con los principios generales del derecho de la UE, que incluía la protección de los derechos fundamentales[3].

4. De ello se infiere que la relación entre la UE y sus Estados miembros no se rige por los principios del derecho internacional, sino por el derecho de la UE como fuente independiente de derecho. Esto también puede tener repercusiones en los posibles conflictos entre el derecho de la Unión y los acuerdos internacionales de los Estados miembros concertados con terceros Estados o entre ellos mismos, en la medida en que tales acuerdos se refieran a asuntos regulados por el derecho de la UE[4]. Por ejemplo, según el derecho de la UE, el principio jurídico internacional de *pacta sunt servanda* se aplica a los acuerdos internacionales concertados con Estados no miembros de la UE, pero no necesariamente a los acuerdos concertados entre Estados miembros de la Unión, ya que tiene primacía el derecho de esta.

5. La UE no niega que hay organizaciones internacionales que son indudablemente más «permeables» al derecho internacional que la UE y que, en el caso de esas organizaciones internacionales más tradicionales, pueden ser pertinentes los párrafos 4 y 5 del comentario del proyecto de artículo 4. No obstante, en el comentario debe quedar claro que no se aplican a la UE.

OIT

En el proyecto de artículo 4 se establece que un hecho internacionalmente ilícito puede existir en el caso de una omisión. En relación con este aspecto parece que hay una diferencia importante entre los Estados y las organizaciones internacionales. Si bien la decisión de actuar de un Estado depende de sus propios órganos y, por ello, se puede justificar como fundamento de la responsabilidad en el caso de una omisión, la situación de las organizaciones internacionales es diferente. Sus órganos ejecutivos actúan en virtud de un mandato otorgado por órganos rectores integrados por Estados. La propia realización no puede actuar si no media la voluntad de los Estados miembros y la capacidad de adoptar decisiones de estos depende de una avenencia que es difícil alcanzar. ¿Incurrirían en responsabilidad las Naciones Unidas por el hecho de que el Consejo de Seguridad no hubiera desempeñado la función que tiene asignada respecto de la paz y la seguridad internacionales? La cuestión de la omisión, situada en el contexto de lo que debería haber sido una decisión apropiada de actuar, es un concepto inadecuado para la mayoría de las decisiones (cuando no todas) adoptadas por organizaciones internacionales; en ese contexto, el proyecto de artículo 58 constituiría un obstáculo para llegar a la determinación de que existe responsabilidad por parte de la organización. Además, cuando las decisiones de actuar ya hubieran sido adoptadas por los órganos rectores y se hubiera producido una presunta omisión por parte de los órganos ejecutivos, la actuación infringiría las normas internas de la organización y el asunto se regularía por la *lex specialis* (proyecto de artículo 63).

[2] Asunto C-459/03, sentencia de 30 de mayo de 2006, ibíd., *2006*, pág. 1-4709, párr. 132.

[3] Asuntos acumulados C-402/05P y C-4 l5/05P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, ibíd., *2008*, párrs. 307 y 308.

[4] Véase el artículo 351, párr. 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Capítulo II

ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO A UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 5. Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional

Banco Mundial

1. El proyecto de artículo 5, que contiene la regla general sobre la atribución de un comportamiento, dispone en su párrafo 1 que el comportamiento de un órgano o un agente «en el ejercicio de las funciones de ese órgano o agente se considerará hecho de esa organización». ¿Se quiere dar a entender con esta redacción que el criterio exclusivo de atribución es funcional? De ser así, cabe preguntarse si, en la práctica, no se requiere algo más para la atribución, a saber, que el agente no solo haya ejercitado objetivamente funciones de la organización, sino que también haya actuado siguiendo las instrucciones y bajo el control de la organización en cuestión.

2. El párrafo 2 del proyecto de artículo 5 limita la pertenencia de las «reglas de la organización» a la determinación de las funciones de sus órganos y agentes. No obstante, en otro de los comentarios del proyecto de artículos la Comisión reconoce que las reglas de la organización

> también pueden afectar a la aplicación de los principios y normas enunciados en la segunda parte en las relaciones entre una organización internacional y sus miembros, por ejemplo en materia de atribución[1].

Habida cuenta de esta oportuna observación, la Comisión tal vez desee examinar de nuevo la cuestión de la pertinencia de las reglas de la organización para la atribución de un comportamiento y revisar en consecuencia el proyecto de artículo 5.

[1] Párr. 4 del comentario al proyecto de artículo 31.

Naciones Unidas

1. En el párrafo 5 del comentario introductorio del capítulo II, relativo a la atribución de un comportamiento a una organización internacional, la Comisión aclara el siguiente aspecto (obvio, por otra parte):

los presentes artículos [...] [n]o indican [...] los supuestos en que un comportamiento no puede atribuirse a la organización. Por ejemplo, los artículos no dicen —limitándose a dar a entender— que el comportamiento de las fuerzas militares de Estados o de organizaciones internacionales no es atribuible a las Naciones Unidas cuando el Consejo de Seguridad autoriza a Estados o a organizaciones internacionales a tomar medidas fuera de la jerarquía de mando que vincula esas fuerzas con las Naciones Unidas.

Aunque en otras circunstancias las Naciones Unidas no harían comentarios sobre esta afirmación, a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que atribuyó responsabilidad a las Naciones Unidas por el comportamiento de fuerzas militares que operaban bajo mando y control nacional o regional) la Secretaría desea comentar con cierto detalle los principios y la práctica de las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz que se han desarrollado a lo largo de los seis últimos decenios.

Atribución a las Naciones Unidas de los actos de las operaciones de las Naciones Unidas: el principio del mando y control de las Naciones Unidas

2. En la práctica de la Naciones Unidas se establece una clara distinción entre dos tipos de operaciones militares: *a*) las operaciones de las Naciones Unidas ejecutadas bajo mando y control de la Organización, y *b*) las operaciones autorizadas por las Naciones Unidas y ejecutadas bajo mando y control nacional o regional. Las *operaciones de las Naciones Unidas* ejecutadas bajo mando y control de la Organización son órganos subsidiarios de las Naciones Unidas. Rinden cuentas al Secretario General y se realizan bajo la dirección política del Consejo de Seguridad. Las *operaciones autorizadas por las Naciones Unidas* se ejecutan bajo mando y control nacional o regional y, si bien cuentan con la autorización del Consejo de Seguridad, son independientes de las Naciones Unidas o del Consejo de Seguridad en cuanto a su ejecución y financiación. Una vez que ha *autorizado* la operación, el Consejo de Seguridad no *controla* ningún aspecto de la operación, ni tampoco hace un seguimiento de ella mientras dura. Su papel a raíz de la autorización de la operación se limita a recibir informes periódicos a través del principal país u organización que ejecuta la operación.

3. A la hora de determinar la posibilidad de atribuir a las Naciones Unidas un acto u omisión de los miembros de una operación militar, la Organización se ha guiado por el principio del «mando y control» de la operación o de la acción en cuestión. La posición de la Organización sobre el alcance de su responsabilidad por las actividades operacionales de las operaciones militares, incluidas las actividades relacionadas con el combate, quedó establecida en el informe del Secretario General sobre la financiación de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (y otras operaciones de mantenimiento de la paz)[1], según el cual:

> 17. La responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por las actividades de sus fuerzas en un conflicto armado se basa en la suposición de que la operación de mantenimiento de la paz se realiza bajo el mando y control exclusivos de las Naciones Unidas. Cuando una operación autorizada en virtud del Capítulo VII [de la Carta de las Naciones Unidas] se lleva a cabo bajo el mando y control de un país o países determinados, la responsabilidad internacional por las actividades de las fuerzas incumbe al Estado o Estados que llevan a cabo la operación. [...]
>
> 18. Cuando se realizan operaciones conjuntas, la responsabilidad internacional por la conducta de las tropas incumbe a la entidad a la que se haya encomendado el mando y el control de las operaciones, de conformidad con las disposiciones que establecen las modalidades de cooperación entre el Estado o Estados que aportan contingentes y las Naciones Unidas. Cuando no se han adoptado disposiciones oficiales entre las Naciones Unidas y el Estado o Estados que aportan contingentes, la responsabilidad se determinará en cada caso según el grado de control efectivo ejercido por las partes en la operación.

4. En la práctica de las Naciones Unidas, solo se han planteado cuestiones sobre la atribución de responsabilidad a una operación de las Naciones Unidas o a una operación autorizada por las Naciones Unidas en dos casos: la operación en la República de Corea y la operación en Somalia. Pero si bien la operación en la República de Corea se llevó a cabo bajo mando y control nacional, en el caso de Somalia el despliegue simultáneo o consecutivo de dos operaciones (una operación de las Naciones Unidas y una operación autorizada por las Naciones Unidas) y la proximidad temporal y espacial entre ambas suscitó cuestiones sobre la atribución de responsabilidad por daños o lesiones causadas en el transcurso de cada una de las operaciones.

5. La operación en la República de Corea, que tuvo lugar en la década de 1950, fue la primera operación autorizada por las Naciones Unidas[2]. Ejecutada bajo el mando unificado de los Estados Unidos, la operación presentó informes periódicamente al Consejo de Seguridad por conducto del Gobierno de ese país. Las reclamaciones contra la operación fueron resueltas por el mando unificado o, según el caso, por los Estados participantes de conformidad con los acuerdos bilaterales celebrados entre estos y los Estados Unidos. Aunque las Naciones Unidas no pueden asegurar que el mando unificado resolviera todas esas reclamaciones y concediera la correspondiente indemnización, sí pueden afirmar con certeza que ninguna de ellas fue resuelta por las Naciones Unidas.

6. En Somalia se desplegaron, entre 1992 y 1994, varias operaciones dirigidas por las Naciones Unidas y por los Estados Unidos, en su mayor parte de manera simultánea y dentro de la misma zona de operaciones, que mantuvieron estructuras de mando y control separadas, incluso en la ejecución de operaciones conjuntas o coordinadas[3]. Las comisiones de reclamaciones establecidas por cada operación resolvieron las reclamaciones de terceros dependiendo de que el mando y control efectivos correspondiera a la operación de las Naciones Unidas o la operación autorizada por las Naciones Unidas.

[1] Financiación de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas, la Operación de las Naciones Unidas para el Restablecimiento de la Confianza en Croacia, la Fuerza de Despliegue Preventivo de las Naciones Unidas y el Cuartel General de las Fuerzas de Paz de las Naciones Unidas (A/51/389), párrs. 17 y 18.

[2] La operación en la República de Corea se estableció de conformidad con la resolución 83 (1950) del Consejo de Seguridad (S/1511, 27 de junio de 1950).

[3] Tras el establecimiento de la Operación de las Naciones Unidas en Somalia (ONUSOM I) (mediante la resolución 751 (1992) del Consejo de Seguridad), el Consejo de Seguridad autorizó el establecimiento de la Fuerza de Tareas Unificada (UNITAF) (mediante la resolución 794 (1992)). La UNITAF, a su vez, fue reemplazada por la Operación de las Naciones Unidas en Somalia ampliada (ONUSOM II) (establecida en virtud de la resolución 814 (1993) del Consejo de Seguridad). Se desplegaron dos fuerzas adicionales de los Estados Unidos en paralelo a la ONUSOM II: la Fuerza de Reacción Rápida y las tropas de asalto.

7. Los arreglos prácticos establecidos para resolver las reclamaciones de terceros en Somalia, donde se llevaron a cabo múltiples operaciones consecutiva o simultáneamente, reflejan el principio según el cual cada Estado u organización es responsable del daño causado por las fuerzas bajo su mando y control, con independencia de que en ambos casos el Consejo de Seguridad, como «fuente de la autoridad», estableciera o autorizara la operación. Al resolver un gran número de reclamaciones de terceros por daños causados por las fuerzas bajo su mando y control, los Estados Unidos, así como otros Estados que aportan contingentes, han aceptado su responsabilidad en cuanto a la indemnización. En el caso de Somalia, al igual que en el de la República de Corea, si bien las Naciones Unidas no pueden asegurar que los Estados Unidos resolvieran todas esas reclamaciones, sí pueden confirmar que ninguna de ellas se atribuyó a las Naciones Unidas y que la Organización no concedió ninguna indemnización al respecto.

8. El principio según el cual existe responsabilidad cuando hay mando y control está recogido en la actualidad en gran cantidad de acuerdos y arreglos bilaterales suscritos recientemente entre las Naciones Unidas y los Estados Miembros que cooperan con operaciones de las Naciones Unidas bajo una estructura separada de mando y control. Esos acuerdos contienen disposiciones en las que se establece que cada participante será exclusivamente responsable de tramitar las reclamaciones de terceros por muerte, lesiones corporales o enfermedad causadas por su personal o sus agentes, o por pérdida o deterioro de bienes de terceros, en la medida en que tales reclamaciones resulten directa o indirectamente de actos u omisiones de esa parte o de su personal o agentes[4].

9. En su jurisprudencia reciente, inaugurada con los asuntos *Behrami* y *Saramati*[5], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tenido en cuenta esta distinción fundamental entre ambos tipos de operaciones a efectos de la atribución de responsabilidad. Al atribuir a las Naciones Unidas actos de la Fuerza Internacional de Seguridad en Kosovo (KFOR), una operación autorizada por las Naciones Unidas pero llevada a cabo bajo *mando y control regional*, basándose únicamente en que el Consejo de Seguridad había «delegado» sus facultades a dicha operación y tenía «la autoridad y el control en última instancia» sobre ella, el Tribunal hizo caso omiso del criterio del «mando y control efectivos» que ha guiado a las Naciones Unidas y a los Estados Miembros en las cuestiones de atribución de responsabilidad durante más de seis decenios.

10. En consonancia con el principio de larga data según el cual la responsabilidad corresponde a quien tiene el mando y control, no puede generarse la responsabilidad de las Naciones Unidas por actos u omisiones de quienes no están sujetos a su mando y control. Desde los inicios de las operaciones de mantenimiento de la paz, las Naciones Unidas han reconocido la responsabilidad que les incumbe en la indemnización de los actos u omisiones de los miembros de sus operaciones de mantenimiento de la paz y, siguiendo ese mismo principio, se han negado a examinar las reclamaciones contra otras operaciones militares, aunque estuvieran autorizadas por el Consejo de Seguridad. Esta práctica se ha seguido de manera uniforme, coherente y sin excepción.

Definición de «órgano»

11. El proyecto de artículo 2 no contiene ninguna definición de «órgano». Esta omisión se basa, presumiblemente, en la idea de que, al igual que ocurre en el artículo 4, párr. 2, del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[6], se entiende por «órgano» aquello que establezcan las reglas de la organización, o bien en la idea de que no es necesario ni pertinente establecer ninguna distinción entre «órgano» o «agente» a los efectos de atribuir un comportamiento a una organización internacional.

12. En opinión de la Secretaría, un «agente» y un «órgano» no son necesariamente conceptos intercambiables. Mientras que un «agente» puede tener o no un vínculo contractual con las Naciones Unidas, un «órgano» debe tener un «vínculo orgánico» con la Organización para que esta lo considere un órgano propio. En la actualidad existen diversas entidades que tienen un «vínculo institucional» con las Naciones Unidas o que reciben servicios de ella[7], o que se han establecido mediante acuerdo entre las Naciones Unidas y un Estado Miembro en virtud de un mandato de un órgano principal[8], pero que no se consideran

[4] Es el caso del Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la seguridad de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para el Iraq (Nueva York, 8 de diciembre de 2005) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2351, n.º 42202, pág. 52); el arreglo entre las Naciones Unidas y la UE celebrado a raíz del Acuerdo sobre el apoyo de la Fuerza de la Unión Europea en la República Democrática del Congo (Eufor R.D. Congo) a la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) (véase la resolución 1671 (2006) del Consejo de Seguridad); el Acuerdo Técnico entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Australia sobre cooperación con la Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor-Leste (UNMIT) y prestación de asistencia a la Misión, de 2007; y los Acuerdos entre las Naciones Unidas y la UE en materia de cooperación entre la Misión de las Naciones Unidas en la República Centroafricana y el Chad (MINURCAT) y la Fuerza de la Unión Europea Eufor Chad/RCA, de 2008. El caso de la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur (UNAMID) es la excepción. Establecida como operación conjunta por la resolución 1769 (2007) del Consejo de Seguridad, la UNAMID es un órgano subsidiario común de las Naciones Unidas y de la UA. La responsabilidad por las reclamaciones de terceros por muerte, lesiones corporales y daños materiales atribuibles a la UNAMID incumbe exclusivamente a las Naciones Unidas (párrafo 54 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y la Unión Africana y el Gobierno del Sudán relativo al estatuto de la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur, de 9 de febrero de 2008).

[5] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Behrami et Behrami c. France* y *Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, decisión (Gran Sala) de 2 de mayo de 2007 sobre la admisibilidad de las demandas n.os 71412/01 y 78166/01. A la causa *Behrami* y *Saramati* le siguieron una serie de causas en que el Tribunal Europeo resolvió la cuestión de la atribución de responsabilidad en el mismo sentido: *Kasumaj v. Greece*, demanda n.º 6974/05, 5 de julio de 2007; *Gajic v. Germany*, demanda n.º 31446/02, 28 de agosto de 2008; *Berić et autres c. Bosnie-Herzégovine*, demanda n.º 36357/04, 16 de octubre de 2007.

[6] Según el artículo 4, párr. 2, «[s]e entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado».

[7] Por ejemplo, órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos o secretarías de convenciones sobre medio ambiente.

[8] Por ejemplo, el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial para el Líbano o la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, que se establecieron respectivamente mediante acuerdos entre las Naciones Unidas y los Gobiernos de Sierra Leona (Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de un Tribunal Especial Residual para Sierra Leona (Nueva York, 29 de julio de 2010 y Freetown, 11 de agosto de 2010), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, n.º I-50125), el Líbano (Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa sobre el Establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano (Beirut, 22 de

órganos de las Naciones Unidas pese al alcance de la asistencia que se les presta o al grado de control sobre ellas. Por tanto, la Secretaría sería partidaria de incluir la siguiente definición de «órgano»: «toda entidad que tenga esa condición de conformidad con las reglas de la organización».

enero de 2007 y Nueva York, 6 de febrero de 2007), ibíd., vol. 2461, n.º 44232, pág. 257) y Guatemala (Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (ibíd., vol. 2472, n.º 44373, pág. 57).

OCDE

El proyecto de artículo 5 se basa en un criterio funcional de atribución, según el cual el funcionario actúa como «agente» de la organización. A juicio de la OCDE, este criterio debe ser coherente y estar en consonancia con los comentarios del FMI previamente mencionados[1] y con los criterios utilizados para determinar si el comportamiento de los funcionarios de la OCDE constituye o no constituye un acto en el ejercicio de sus funciones que quedaría encuadrado dentro de las inmunidades de la OCDE. Ciertamente el respeto de la inmunidad de una organización previsto en sus instrumentos constitutivos o en sus acuerdos sobre inmunidades resulta esencial para el desempeño de su misión, ya que protege a la organización frente a las actuaciones en los tribunales nacionales, que pueden tener opiniones divergentes sobre sus obligaciones internacionales. No obstante, el proyecto de artículos y sus correspondientes comentarios, tal como están actualmente redactados, pueden interpretarse en el sentido de que prevalecen sobre los instrumentos constitutivos o los acuerdos sobre prerrogativas de la organización.

[1] Véanse las observaciones del FMI, *Anuario… 2004*, vol. II (primera parte), pág. 23, documento A/CN.4/545, párr. 6 de las observaciones generales; véanse también las observaciones de la OIT sobre la extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones, *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), pág. 144, documento A/CN.4/568 y Add.1.

Artículo 6. Comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional

Comisión Europea

1. La disposición clave que se propone es una norma de «control efectivo», que es como en definitiva se califica al control de hecho, y se ajusta a artículos equivalentes del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. La Comisión Europea observa que los comentarios de este proyecto de artículo se dedican en gran medida a la práctica de las Naciones Unidas y a realizar un examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como muestran los comentarios, este Tribunal ha dictado hasta el momento varios nuevos fallos que confirman el controvertido criterio adoptado anteriormente en los asuntos *Behrami* y *Saramati*[1], con el que discrepan el Relator Especial, la CDI y numerosos especialistas.

2. Independientemente de las razones de esas posiciones discrepantes, hay que preguntarse si la práctica internacional actual es suficientemente clara y si existe una *opinio juris* identificable que permita que la norma propuesta de la CDI (que hasta el momento no ha sido seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) sea codificada en el actual proyecto. No cabe duda de que esta sigue siendo una esfera controvertida del derecho internacional respecto de la que cabe esperar un criterio constante de la jurisprudencia no solo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino también de los tribunales nacionales, además de numerosos estudios especializados.

3. Parte del razonamiento que sustenta la norma establecida en el proyecto de artículo 6 y su comentario puede estribar en la percepción de que las organizaciones internacionales tienden a «eludir» responsabilidades por hechos internacionalmente ilícitos. Es de destacar que, por lo que respecta a la UE, de conformidad con disposiciones expresas de los tratados constitutivos, las instituciones de la UE son plenamente responsables entre sí y frente a los Estados miembros de la Unión por acciones y omisiones[2]. Además, los Estados no miembros de la UE, en virtud de disposiciones concretas de acuerdos internacionales concertados con la Unión, tienen la posibilidad de recurrir a los tribunales de la UE en los casos de presunta violación por la UE de los acuerdos concertados. En esos acuerdos también puede preverse la participación de partes contratantes no pertenecientes a la UE en actuaciones preliminares de referencia, que es una de las principales actividades del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[3]. Además, la UE tiene derecho a recurrir ante varios órganos de solución de controversias (incluidos los de la OMC y el TIDM), que prevén que los Estados no miembros de la UE incoen acciones contra actos de la Unión. Además, a diferencia de otras organizaciones internacionales, la Unión no se ampara en la inmunidad de jurisdicción cuando los actos realizados por la UE son impugnados por particulares, siempre que lo hagan ante tribunales de la UE[4]. Toda persona física o jurídica (independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia) puede incoar actuaciones contra una decisión que se haya tomado respecto de ella o que suscite su interés directo e individual[5].

[1] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Behrami et Behrami c. France* y *Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, decisión (Gran Sala) de 2 de mayo de 2007 sobre la admisibilidad de las demandas n.os 71412/01 y 78166/01.

[2] Véanse los artículos 260, 263 y 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

[3] Véase, por ejemplo, el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, concertado entre la UE, Suiza y otros Estados de la AELC, en cuyo Protocolo n.º 2 relativo a la interpretación judicial uniforme del Convenio y al Comité permanente, art. 2, se dispone que los Estados no miembros de la UE pueden participar mediante la presentación de memorias u observaciones escritas en actuaciones relativas a cuestiones prejudiciales sometidas por los tribunales de Estados miembros de la UE al Tribunal Europeo de Justicia.

[4] La UE se acoge a la inmunidad de jurisdicción cuando se actúa contra ella ante tribunales de Estados no miembros de la UE. La inmunidad invocada se basa en el principio de la funcionalidad, a saber, que la inmunidad abarca todos los actos necesarios para realizar las funciones y actividades oficiales de la organización. En lo concerniente a las acciones correspondientes a la política exterior y de seguridad común, hay disposiciones concretas incluidas en los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas, concertados por la UE, que se refieren a la inmunidad de jurisdicción civil y penal en los tribunales extranjeros y en las actuaciones por reclamaciones contra la UE.

[5] La competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con los artículos 263 y 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, abarca una competencia exclusiva para decidir sobre la legalidad de las acciones (u omisiones) de las instituciones europeas que producen efectos jurídicos. No obstante, la competencia del Tribunal queda excluida respecto de las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común, con algunas excepciones; véase el artículo 275 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Naciones Unidas

1. El criterio del «control efectivo» propuesto por la Comisión es un criterio fáctico de control real sobre el comportamiento en cuestión, y ha de aplicarse en la relación entre la organización y el Estado que presta el órgano o agente o, en el caso de las operaciones de las Naciones Unidas, entre las Naciones Unidas y los Estados que aportan contingentes. En este último caso, el hecho de que la atribución a las Naciones Unidas de un acto de un contingente nacional se supedite al grado de «control efectivo» sobre el acto o comportamiento en cuestión implica, en la práctica, que cuando el Estado que presta el órgano o agente sigue ejerciendo el control operacional del acto imputado, la responsabilidad debe atribuirse al Estado que presta el órgano o agente y no a la organización que lo recibe.

2. En la práctica de las Naciones Unidas, el criterio del «mando y control efectivos» se aplica «horizontalmente» para distinguir entre las operaciones de las Naciones Unidas realizadas bajo el mando y control de la Organización y las operaciones autorizadas por las Naciones Unidas realizadas bajo mando y control nacional o regional. Por el contrario, el criterio del «control efectivo» propuesto por la Comisión se aplicaría «verticalmente» en las relaciones entre las Naciones Unidas y los Estados que aportan contingentes y haría depender la responsabilidad de la Organización del alcance de su control efectivo sobre el comportamiento de los contingentes en cuestión.

3. No obstante, las Naciones Unidas mantienen desde hace mucho tiempo la posición según la cual las fuerzas puestas a disposición de las Naciones Unidas se «transforman» en un órgano subsidiario de las Naciones Unidas[1] y, como tal, generan la responsabilidad de la Organización, como cualquier otro órgano subsidiario, con independencia de que el control ejercido sobre todos los aspectos de la operación sea, de hecho, «efectivo». Por tanto, en la práctica de las Naciones Unidas nunca se ha usado el criterio del «control efectivo», en el sentido del proyecto de artículo 6, para determinar el reparto de responsabilidades entre las Naciones Unidas y los Estados que aportan contingentes por los daños causados en el transcurso de una operación concreta. Esta posición siguió imperando incluso en los casos (como la Operación de las Naciones Unidas en Somalia ampliada (ONUSOM II)) en que la estructura de mando y control de las Naciones Unidas había dejado de funcionar.

4. A este respecto, la Secretaría señala que el control residual en materia disciplinaria y de enjuiciamiento penal, sueldos y promoción que ejerce el Estado que presta el órgano o agente mientras dura la operación es inherente a la propia institución del mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas, en que estas conservan, en principio, el «mando y control operacional» exclusivo y el Estado que presta el órgano o agente el control residual. Sin embargo, dicho control residual, en tanto no interfiera con el control operacional de las Naciones Unidas, carece de pertinencia a efectos de la atribución de responsabilidad.

5. Consciente de las realidades de las operaciones de mantenimiento de la paz, pero deseosa de mantener la integridad de las operaciones de las Naciones Unidas frente a terceros, la Organización ha alcanzado un equilibrio según el cual sigue siendo responsable frente a terceros pero se reserva el derecho a repetir contra el Estado que presta el órgano o agente en los casos de negligencia grave o falta deliberada de conducta. Con arreglo al Memorando de entendimiento entre las Naciones Unidas y [nombre del Estado participante] sobre la aportación de recursos a [nombre de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas]:

> Las Naciones Unidas serán responsables de tramitar las reclamaciones de terceros en los casos en que el personal o el equipo proporcionado por el Gobierno en el cumplimiento de servicios o cualquier otra actividad u operación con arreglo al presente Memorando hayan provocado la pérdida o daño de bienes de su propiedad, o muertes o lesiones personales. No obstante, si la pérdida, el daño, la muerte o las lesiones se deben a negligencia grave o a una falta intencional del personal proporcionado por el Gobierno, será el Gobierno el responsable de las reclamaciones[2].

6. Es muy probable que, por distintos motivos, fundamentalmente políticos, se mantenga la práctica de las Naciones Unidas de aplicar el principio de responsabilidad de las Naciones Unidas frente a terceros en relación con las operaciones de mantenimiento de la paz y de repetir cuando proceda contra el Estado que presta el órgano o agente. No obstante, la Secretaría apoya la inclusión del proyecto de artículo 6 como principio rector general para la delimitación de responsabilidades entre las Naciones Unidas y sus Estados Miembros respecto de los órganos o agentes puestos a disposición de la Organización, que podría aplicarse también a las actividades de esta en otros contextos.

[1] Según el párrafo 15 del Modelo de Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para las operaciones de mantenimiento de la paz, «la operación de mantenimiento de las Naciones Unidas, en su carácter de órgano subsidiario de las Naciones Unidas, gozará de la condición jurídica, las prerrogativas y las inmunidades de las Naciones Unidas» (A/45/594, anexo).

[2] Manual de políticas y procedimientos relativos al reembolso y control del equipo de propiedad de los contingentes de países que aportan contingentes/efectivos policiales y participan en las misiones de mantenimiento de la paz (Manual sobre el equipo de propiedad de los contingentes) (A/C.5/60/26), cap. 9, art. 9. En otro contexto, la instrucción administrativa ST/AI/1999/6 sobre el personal proporcionado gratuitamente establece en su artículo 13, relativo a las reclamaciones de terceros, lo siguiente: «Las Naciones Unidas serán responsables de tramitar las reclamaciones de terceros cuando estos hayan sufrido pérdida o daño de sus bienes o muertes o lesiones corporales causadas por actos u omisiones del personal proporcionado gratuitamente en el cumplimiento de servicios prestados a las Naciones Unidas de conformidad con un acuerdo concertado con el organismo donante. No obstante, si la pérdida, el daño, la muerte o las lesiones se deben a negligencia grave o falta deliberada de conducta del personal proporcionado gratuitamente por el donante, se imputarán a este todas las cuantías pagadas por las Naciones Unidas a los reclamantes y todos los costos en que hayan incurrido las Naciones Unidas para responder a esas reclamaciones».

OIT

El proyecto de artículo 6 no parece tener en cuenta el hecho de que hay dos modalidades en el derecho que rige las administraciones públicas internacionales, según las cuales los funcionarios nacionales son puestos a disposición de las organizaciones internacionales. Con arreglo a esas dos modalidades, anteriormente denominadas «préstamo» y «adscripción», se distingue claramente el nivel de responsabilidad por los actos realizados por tales funcionarios y se

descarta cualquier responsabilidad por sus acciones realizadas en el marco de acuerdos de «préstamo». La OIT ya ha presentado sus observaciones sobre esta cuestión y pide a la Comisión que tenga en cuenta sus comentarios de 2006 en relación con el proyecto de artículo 5[1].

[1] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), págs. 143 y 144, documento A/CN.4/568 y Add.1.

Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO

Las reglas aplicables a los hechos *ultra vires* de un órgano de un Estado en el artículo 7 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado no pueden aplicarse automáticamente a los hechos de un agente o un órgano de una organización internacional que únicamente puede ser declarada responsable en el marco del principio de la especialidad. Por lo menos debe establecerse un equilibrio más adecuado entre, por una parte, la atribución de los hechos *ultra vires* y la protección de los terceros que confían en la buena fe de los agentes u órganos que actúan más allá de su mandato y, por otra parte, el principio de especialidad y el hecho de que un agente u órgano que actúa *ultra vires* va más allá del mandato y las funciones encomendadas a una organización internacional por sus miembros. A este respecto, deben tenerse debidamente en cuenta los mecanismos y reglas de carácter interno. Por ejemplo, las reglas y prácticas establecidas aplicables a las prerrogativas e inmunidades de las organizaciones internacionales y sus agentes pueden servir para comprobar el carácter de los hechos en cuestión.

Naciones Unidas

1. En el párrafo 4 de su comentario del proyecto de artículo 7, la Comisión señala que el «elemento decisivo para la atribución» respecto de actos *ultra vires* «es el requisito de que el órgano o el agente actúe “en esa condición”», es decir, a título oficial. La Comisión explica que «[e]sta fórmula tiende a reflejar la necesidad de que haya un estrecho vínculo entre el comportamiento *ultra vires* y las funciones del órgano o del agente». El comentario señala además que la práctica de las Naciones Unidas se ajusta a ese principio.

2. La práctica en materia de reclamaciones concretas contra la Organización respecto de presuntos actos *ultra vires* cometidos por sus órganos o agentes es escasa. La práctica que la Secretaría ha acotado requiere un fuerte vínculo entre el acto o la omisión en cuestión y las funciones oficiales del órgano o agente (véase el debate sobre el proyecto de artículo 2, apdo. *c supra*). Hay ejemplos de práctica que sugieren que cuando un órgano o agente considerado como tal por la Organización actúa a título oficial y dentro de las funciones generales de la Organización, pero fuera de su ámbito de competencia, tal acto puede no obstante considerarse un acto de la Organización.

3. Dado que la formulación del proyecto de artículo pretende reflejar la «necesidad de que haya un estrecho vínculo entre el comportamiento *ultra vires* y las funciones del órgano o del agente», la Secretaría recomienda que se incluya la palabra «oficial» para establecer claramente que el órgano o agente debe actuar a título oficial y no a título privado en el momento de cometer el acto *ultra vires*.

4. A este respecto, la Secretaría observa que el dictamen de 1986 citado por la Comisión[1] no refleja la práctica uniforme de la Organización. En 1974, la Oficina de Asuntos Jurídicos respondió a una consulta del Servicio de Operaciones sobre el Terreno sobre la cuestión de si la Junta de Examen de Reclamaciones de la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas (FENU) era competente para tramitar y resolver reclamaciones sobre actos ilícitos cometidos por miembros de la Fuerza cuando estaban fuera de servicio. La Oficina de Asuntos Jurídicos consideró que «puede haber situaciones relacionadas con actos realizados fuera de servicio por miembros de la Fuerza en que las Naciones Unidas puedan considerar que se genera su responsabilidad» y estableció una distinción entre los actos realizados fuera de servicio por miembros de la Fuerza en circunstancias estrechamente relacionadas con las funciones de dichos miembros (por ejemplo, el uso de un arma facilitada por el gobierno) y los actos sin relación alguna con su condición de miembro de la Fuerza. Así, el criterio de atribución del acto consistía en que este estuviera relacionado con las funciones de la Organización, con independencia de que el miembro de la Fuerza estuviera o no de servicio en el momento de su comisión.

5. La escasa práctica de las Naciones Unidas en materia de responsabilidad por actos *ultra vires* sugiere que, como mínimo, el texto del proyecto de artículo 7 debería modificarse para establecer que la atribución en esos casos solo puede darse cuando un órgano o agente «actúe a título oficial y dentro de las funciones generales de la organización». Asimismo, las Naciones Unidas recomiendan que la Comisión examine más a fondo si se debe usar el mismo criterio de atribución para los actos de los agentes y de los órganos de la organización, habida cuenta de que un agente puede tener un vínculo institucional con la organización más remoto que un órgano.

6. En aras de la claridad, las Naciones Unidas también recomiendan que la Comisión no incluya en el comentario el pasaje del dictamen jurídico extraído del *Anuario Jurídico 1986* sobre los actos realizados en situación de servicio y fuera de servicio en las operaciones de mantenimiento de la paz.

[1] Párr. 9 del comentario al artículo 7 y nota 129.

Artículo 8. Comportamiento que una organización internacional reconoce y adopta como propio

Comisión Europea

En el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 8, se hace referencia a una declaración de la CE en un asunto de la OMC (*Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*). Esa declaración se cita en apoyo de la afirmación de que la práctica no siempre distingue claramente entre el reconocimiento de la atribución de un comportamiento o responsabilidad a una organización internacional. No obstante, la referencia a esa declaración parece fuera de lugar. En relación con el asunto mencionado de la OMC,

la UE declaró que estaba dispuesta a asumir plenamente la responsabilidad internacional por todas las medidas adoptadas en materia de concesiones arancelarias, ya que era exclusivamente competente sobre el tema y, por consiguiente, era la única entidad en condiciones de reparar la posible infracción, es decir, la única entidad que podía garantizar la restitución con arreglo a las normas de solución de controversias de la OMC.

NACIONES UNIDAS

1. Según el párrafo 1 del comentario, el «reconocimiento» y la «adopción» del comportamiento por una organización son requisitos acumulativos para la atribución de un comportamiento que, en caso contrario, no se podría atribuir a la organización a través de su agente u órgano. La Comisión explica que la atribución se basa «en la actitud adoptada por la organización con respecto a determinado comportamiento», pero no se pronuncia sobre la cuestión de la competencia de la organización o de sus agentes u órganos para reconocer o adoptar el comportamiento en cuestión, sobre la forma del reconocimiento y sobre si el acto de reconocimiento debe hacerse con pleno conocimiento del carácter ilícito del comportamiento y de las consecuencias jurídicas y financieras de tal reconocimiento. Esos aspectos deberían aclararse para que el proyecto de artículo tuviera algún efecto práctico para las Naciones Unidas.

2. La Secretaría no tiene conocimiento de ningún caso en que un órgano de las Naciones Unidas haya reconocido o adoptado como propio un comportamiento que no le fuera de todos modos atribuible, o que, como consecuencia de ello, haya aceptado asumir responsabilidad en la indemnización. La Secretaría señala además que es muy poco probable que un órgano intergubernamental haga una admisión de esa índole, o que, en caso de que la hiciera, esta fuera respetada por el órgano político que tiene la competencia presupuestaria para autorizar la indemnización.

3. En la práctica de la Secretaría de las Naciones Unidas, el pago a título graciable es el único supuesto en que el Secretario General está autorizado a hacer pagos *sin* reconocer la responsabilidad de la Organización (de hecho, dicho pago está condicionado a que se reconozca que no existe responsabilidad), si considera que tal pago redunda, no obstante, en interés de la Organización. A este respecto, la regla 105.12 del Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas establece lo siguiente:

> Podrán efectuarse pagos a título graciable en los casos en que, aun cuando en opinión del Asesor Jurídico las Naciones Unidas no tengan al respecto una clara obligación jurídica, el pago redunde en interés de la Organización. [...] Todos los pagos a título graciable requieren la aprobación personal del Secretario General Adjunto de Gestión.

4. La regla 105.12 se basa en la hipótesis de que si bien el *comportamiento* en sí puede atribuirse a las Naciones Unidas, la *responsabilidad* no. La Oficina de Asuntos Jurídicos siempre ha considerado que no puede realizarse ningún pago a título graciable si existe responsabilidad en el plano jurídico, ya que, en tal caso, existe la obligación de pagar una indemnización.

[1] ST/SGB/2003/7.

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 9. Existencia de violación de una obligación internacional

BANCO MUNDIAL

1. De conformidad con el proyecto de artículo 9, párr. 1, una organización internacional viola una obligación internacional cuando un hecho de esa organización internacional no está en conformidad con lo que de ella exige esa obligación, «sea cual fuere el origen o la naturaleza de la obligación». A continuación el párrafo 2 del mismo proyecto de artículo agrega que el párrafo 1 «incluye la violación de una obligación internacional que resulte de las reglas de la organización». No obstante, en el párrafo 5 del comentario del proyecto de artículo 9 se reconoce que la naturaleza jurídica de las reglas de la organización «es, hasta cierto punto, controvertida» y, en cualquier caso, cabe seguir preguntándose «si todas las obligaciones emanadas de las reglas de la organización tienen que ser consideradas obligaciones internacionales». Esa es la razón por la que en el párrafo 6 del comentario se aclara expresamente que el párrafo 2

> no pretende expresar una opinión categórica a este respecto. Su único objeto es establecer que, en la medida en que una obligación dimanante de las reglas de la organización tiene que considerarse como una obligación de derecho internacional, se aplican los principios enunciados en el presente artículo.

2. Precisamente porque está de acuerdo con la Comisión en su prudente enfoque respecto de este importante aspecto, el Banco Mundial considera que la aclaración que figura en el comentario sería más adecuada si se suprimiera el párrafo 2 del proyecto de artículo 9. De hecho, el párrafo 1 ya dispone que una violación es una violación sea cual fuere el origen o la naturaleza de la obligación que vincula a una organización internacional, con lo que claramente se da a entender que ese origen también puede encontrarse en las reglas de la organización. Por el contrario, el mantenimiento del párrafo 2 puede dar lugar erróneamente a la conclusión carente de fundamento (expresamente denegada en el comentario de la Comisión) de que la violación de una regla de la organización es necesariamente una violación de una obligación internacional.

COMISIÓN EUROPEA

1. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 9 se suscita nuevamente la cuestionable hipótesis genérica de que las «reglas de la organización internacional» pertenecen al ámbito del derecho internacional. Por las razones expuestas más arriba[1], la UE no acepta la afirmación de que su derecho interno forma parte de ese ámbito. Pediría que ese aspecto se dejara claro en los comentarios.

2. Además, la norma establecida en el artículo 9, párr. 2, no parece estar en consonancia con el último proyecto de artículos. Esa incongruencia se pone de manifiesto cuando se compara el proyecto de artículo 9 con la primera oración

[1] Véanse las observaciones de la Comisión Europea en relación con el proyecto de artículo 4.

del proyecto de artículo 31. En este último se dispone que una organización internacional responsable no puede invocar su derecho interno («sus reglas») como justificación del incumplimiento del proyecto de artículos sobre el contenido de la responsabilidad internacional. Por consiguiente, el proyecto de artículos, tal como está actualmente redactado, parece establecer que las reglas de la organización internacional deben considerarse irrelevantes para establecer el contenido de la responsabilidad de la organización, y posteriormente de los recursos, pero no de la existencia de la violación. Esto es incongruente y no parece que exista ningún fundamento para ello en los instrumentos constitutivos de muchas organizaciones internacionales.

3. Además, en el párrafo 9 del comentario del proyecto de artículo 9 se cita erróneamente el asunto *Parlamento Europeo* c. *Consejo de la Unión Europea*[2] para afirmar que una organización internacional puede quedar vinculada por una obligación de lograr un determinado resultado con independencia de que el comportamiento necesario sea observado por la organización misma o por uno o varios de sus Estados miembros. La Comisión Europea observa a este respecto que el asunto en cuestión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se refería al límite entre la esfera «interior» y la esfera «exterior», sino a un «acuerdo mixto». Se trata de acuerdos que abarcan temas que entran dentro de la competencia de la UE y de los Estados miembros de la Unión y que, por consiguiente, son concertados conjuntamente por las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, como es el caso de la IV Convención de Lomé entre la Comunidad Europea y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico. En este caso concreto, que entraña una cooperación «bilateral» entre, por una parte, la UE y sus Estados miembros y, por otra, los Estados no miembros de la UE, todas las obligaciones convencionales obligan tanto a la UE como a sus Estados miembros, independientemente de la delimitación concreta de competencias internas. En suma, el asunto mencionado no aporta ninguna aclaración a la regla que actualmente figura en el proyecto de artículo 9.

[2] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-316/91, sentencia de 2 de marzo de 1994, *Recopilación de Jurisprudencia 1994*, pág. 625.

Naciones Unidas

1. El proyecto de artículo 9, párr. 1, es idéntico al artículo 12 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, con las adaptaciones pertinentes. Sin embargo, el párrafo 2 es una disposición completamente nueva. El proyecto de artículo 9 no establece ninguna distinción entre las normas de derecho internacional y el derecho interno de la organización internacional a efectos de calificar un comportamiento de ilícito ni a efectos de atribuir responsabilidad a la organización internacional.

2. La Comisión señala en el párrafo 4 de su comentario que «la mayoría de las obligaciones de una organización internacional probablemente emanen de las reglas de la organización» y que es

> preferible disipar cualquier duda de que los presentes artículos también se aplican a las violaciones de esas obligaciones. El enunciado del párrafo 2 [...] pretende abarcar cualquier obligación dimanante de las reglas de la organización.

3. La Comisión no ha adoptado ninguna posición en el debate sobre la naturaleza de las «reglas de la organización». En el párrafo 6 de su comentario, la Comisión señaló que

> el párrafo 2 no pretende expresar una opinión categórica a este respecto. Su único objeto es establecer que, en la medida en que una obligación dimanante de las reglas de la organización tiene que considerarse como una obligación de derecho internacional, se aplican los principios enunciados en el presente artículo.

La Secretaría interpreta esta afirmación en el sentido de que únicamente las violaciones de las obligaciones de derecho internacional contenidas en las reglas, y no las violaciones de las reglas en sí, se considerarían violaciones de una obligación internacional en el sentido del proyecto de artículo 9. La cuestión de si una regla concreta contiene una obligación internacional depende de la naturaleza, objeto y fin de la regla en cuestión, y de si su objetivo es generar una obligación jurídica internacional. La Secretaría recuerda a este respecto que muchas de las reglas de la Organización, incluidas resoluciones de sus órganos políticos, pueden no dar lugar a obligaciones de derecho internacional.

4. La cuestión de si la violación de una regla de la organización equivale a una violación de una obligación de derecho internacional no puede resolverse en abstracto, sino caso por caso. Por tanto, las Naciones Unidas respaldan el texto actual del proyecto de artículo 9, párr. 1, y sugieren que se revise el comentario para aclarar la distinción entre normas de derecho internacional y normas internas de la organización.

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UN ESTADO O DE OTRA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Comisión Europea

1. En el párrafo 4 del comentario introductorio se hace referencia a asuntos sometidos a tribunales u otros órganos internacionales en relación con la afirmación de que la cuestión de la responsabilidad internacional de una organización internacional no ha sido examinada *ratione personae*. La Comisión Europea duda de que ese comentario esté totalmente donde le corresponde. Además, es de destacar que todos los asuntos que se mencionan, menos uno, guardan relación con acciones interpuestas contra la UE y sus Estados miembros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A este respecto, es de destacar que las causas que hubieran sido desestimadas por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos no tienen la misma autoridad jurídica que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además, el panorama que ofrecen esas decisiones de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece mucho más matizado de lo que al parecer se desprendería del actual texto introductorio del capítulo IV del proyecto. Las demandas contra la UE como organización han sido declaradas inadmisibles *rationae personae* (asunto *Confédération*

Française Démocratique du Travail[1]). No obstante, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos no desestimó las demandas relacionadas con hechos de la UE por considerarlas inadmisibles *rationae personae* cuando tales demandas se interponían contra uno o todos los Estados miembros de la UE y no contra esta (*Senator Lines*[2]; *Emesa Sugar*[3]). Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que un Estado miembro de la UE puede ser considerado responsable de hechos relacionados con el derecho primario de la UE (*Matthews*[4]) y de una disposición relacionada con la aplicación a nivel nacional del derecho secundario de la UE, independientemente de la naturaleza de la disposición de la UE y del hecho de que el Estado miembro disfrute o no disfrute de facultades discrecionales (*Cantoni*[5]; *Bosphorus*[6]).

2. Asimismo es de destacar que la UE se encuentra en la actualidad negociando su adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como se dispone en el artículo 6, párr. 2, del Tratado de la Unión Europea. Una vez que se produzca la adhesión de la UE, las demandas interpuestas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos referidos a la UE como organización dejarán de ser declaradas inadmisibles *ratione personae* siempre que la acción u omisión impugnada sea imputable en sí misma a la UE.

[1] *Confédération Française Démocratique du Travail c. Communautés Européennes*, demanda n.º 8030/77, decisión de 10 de julio de 1978 sobre admisibilidad de la demanda, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 13, pág. 231.

[2] *Senator Lines GmbH c. quinze États membres de l'Union européenne*, demanda n.º 56672/00, sentencia de 10 de marzo de 2004, *Recueil des arrêts et décisions, 2004-IV*, pág. 331.

[3] *Emesa Sugar v. the Netherlands*, demanda n.º 62023/00, sentencia de 13 de enero de 2005.

[4] *Matthews c. Royaume-Uni*, demanda n.º 24833/94, sentencia de 18 de febrero de 1999. *Recueil des arrêts et décisions 1999-I*, pág. 305.

[5] Cantoni c. France, demanda n.º 45/1995/551/637, sentencia de 15 de noviembre de 1996, ibíd., *1996-V*, pág. 1614.

[6] *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) c. Irlande* [Gran Sala], sentencia de 30 de junio de 2005, n.º 45036/98, ibíd., *2005-VI*.

Artículo 13. Ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito

Banco Mundial

1. El Banco Mundial no está totalmente convencido de que la aplicación a las organizaciones internacionales de la disposición (basada en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado) relativa a la ayuda y asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito «no es problemática», tal como sugiere el comentario al proyecto de artículo 13 de la Comisión. De hecho, si no se circunscribe estrictamente a su debido ámbito, esa disposición resulta inquietante y puede producir un peligroso efecto desalentador en cualquier institución financiera internacional que proporcione asistencia a los prestatarios y beneficiarios que reúnan los requisitos necesarios. Si el origen del proyecto de artículo 13 sobre la responsabilidad de las organizaciones es el artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, el Banco Mundial considera que la aclaración que figura en el párrafo 4 del comentario al artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado también se aplica al proyecto de artículo 13.

2. La hipótesis del Banco Mundial parece sustentarse en la nota 66 del comentario de la Comisión, en la que se señala que

> [e]n la medida en que las disposiciones de los presentes artículos correspondan a las de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, también cabe remitirse, cuando proceda, a los comentarios relativos a esos artículos anteriores.

Incluso si esta nota permanece en el comentario después de la segunda lectura (y, *a fortiori*, si desaparece del comentario final), el Banco Mundial pide a la Comisión que sirva considerar la posibilidad de indicar expresamente en su comentario del proyecto de artículo 13 que las organizaciones que proporcionan asistencia financiera no asumen, por regla general, el riesgo de que la asistencia se utilice para llevar a cabo un hecho ilícito, tal como se señala claramente en el comentario del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

Comisión Europea

Dado que la ayuda o asistencia frecuentemente se utiliza en un contexto financiero, parecería conveniente que este proyecto de artículo y su interpretación se mantuvieran dentro de los límites más estrechos posibles para no disuadir a las organizaciones internacionales de proporcionar ayuda para el desarrollo. Dado que los requisitos para la aplicación de la norma parecen ser escasos (tener conocimiento), en el comentario debe agregarse algún elemento limitativo (propósito) en consonancia con los comentarios del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

Naciones Unidas

1. La Secretaría no tiene conocimiento de ningún caso en que las Naciones Unidas hayan prestado asistencia a un Estado o a otra organización internacional en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito o en que se haya invocado de otro modo su responsabilidad internacional en relación con el comportamiento de quien recibe su asistencia. Sin embargo, recientemente se planteó, en relación con la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC), la posibilidad de que la ayuda o asistencia de las Naciones Unidas se utilizara para facilitar la comisión de actos ilícitos.

2. Establecida mediante la resolución 1279 (1999) del Consejo de Seguridad, la MONUC recibió el mandato de proteger a la población civil y de prestar apoyo a las fuerzas del Gobierno en las operaciones realizadas por estas para desarmar a los grupos armados extranjeros y congoleños[1]. En el transcurso de operaciones apoyadas por la MONUC se puso de manifiesto que elementos de las fuerzas dirigidas por el Gobierno, especialmente las Fuerzas Armadas de la República Democrática del Congo (FARDC), que eran los beneficiarios de la asistencia de las Naciones Unidas, estaban cometiendo violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario similares a las que supuestamente debían

[1] Resoluciones del Consejo de Seguridad 1565 (2004) y 1794 (2007).

prevenir con la ayuda de las Naciones Unidas[2]. Ante el dilema de seguir prestando asistencia a las fuerzas del Gobierno, como estaba previsto en el mandato del Consejo de Seguridad, y el riesgo de que, de hacerlo, se tuviera la percepción de que las Naciones Unidas estaban implicadas en la comisión del hecho ilícito, el Consejo de Seguridad modificó el mandato de la MONUC. En virtud de la resolución 1856 (2008), el Consejo autorizó a la MONUC a apoyar únicamente las operaciones de las FARDC que se hubieran planificado conjuntamente de conformidad con el derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos y el derecho de los refugiados.

3. A fin de aplicar la resolución 1856 (2008) del Consejo de Seguridad, el Secretario General elaboró una «política de condicionalidad» en la que se establecían las condiciones en que la MONUC podía prestar asistencia. Así, la Misión no participaría en operaciones de las unidades de las FARDC ni les prestaría apoyo si había razones fundadas para creer que existía un riesgo real de que dichas unidades infringieran, en el curso de la operación, el derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos o el derecho de los refugiados[3].

4. En su resolución 1906 (2009), el Consejo de Seguridad aprobó las medidas adoptadas por el Secretario General y asimismo:

> 22. *Reitera*, de conformidad con el apartado *g*) del párrafo 3 y el párrafo 14 de la resolución 1856 (2008), que el apoyo que presta la MONUC a las operaciones militares dirigidas por las FARDC contra los grupos armados ilegales extranjeros y congoleños está estrictamente sujeto a la condición de que las FARDC cumplan el derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos y el derecho de los refugiados y a una planificación conjunta efectiva de esas operaciones, *decide* que los dirigentes militares de la MONUC deberán confirmar, antes de prestar ningún tipo de apoyo a esas operaciones, que se ha realizado una planificación conjunta suficiente, en especial con respecto a la protección de la población civil, *exhorta* a la MONUC a que interceda ante el mando de las FARDC cuando haya sospechas de que elementos de una unidad de las FARDC que recibe apoyo de la MONUC han cometido violaciones graves de esas normas legales y, si la situación persiste, *exhorta* a la MONUC a que retire inmediatamente su apoyo a esas unidades de las FARDC.

El Consejo también:

> 23. *Observa*, a este respecto, que la MONUC ha elaborado un documento de política en que se establecen las condiciones con arreglo a las cuales la Misión podrá prestar apoyo a las unidades de las FARDC, y *solicita* al Secretario General que establezca un mecanismo apropiado para evaluar regularmente la aplicación de esa política.

5. El caso de la MONUC es un ejemplo de una decisión de política adoptada por la Organización para evitar verse implicada en la facilitación de la comisión de un hecho ilícito o para evitar que se tuviera esa percepción. Y si bien se trata de un ejemplo único, la Secretaría apoya, no obstante, la inclusión en el proyecto de artículos de un artículo dedicado a la ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. A este respecto, la Secretaría desea subrayar la diferencia fundamental que existe entre los Estados y las organizaciones internacionales, cuyas actividades de ayuda y asistencia en un número cada vez mayor y más diverso de ámbitos constituyen, a menudo, las funciones básicas de esas organizaciones.

6. En razón precisamente del amplio alcance de las actividades de asistencia y de la dificultad de controlar el destino o uso final de esa ayuda o asistencia, la condición para imputar responsabilidad a la organización en relación con dicha ayuda o asistencia, a saber, el conocimiento de las circunstancias del hecho ilícito, adquiere especial importancia. La Secretaría entiende que el conocimiento de las *circunstancias del hecho ilícito* debe interpretarse en el sentido de que incluye el conocimiento de la *ilicitud del hecho*, y solicita que este aspecto se refleje en el comentario.

7. La Secretaría sugiere que la aclaración que figura en el comentario del proyecto sobre la responsabilidad del Estado se incorpore también a los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Al hacerlo, la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de revisar el comentario o el propio proyecto de artículo con el fin de aclarar que la responsabilidad se generaría no por el hecho ilícito en sí, sino por el comportamiento de la organización que ha dado lugar o contribuido al hecho internacionalmente ilícito, que la asistencia debe tener por objeto el hecho ilícito, que el hecho debe haberse cometido efectivamente y que la asistencia prestada debe haber sido un factor significativo en su comisión.

OIT

La redacción del apartado *a*, que procede del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, tal vez haya de ser aclarada para determinar si las palabras «conociendo las circunstancias» se refieren al conocimiento de la organización de que está cometiendo un hecho internacionalmente ilícito.

Artículo 14. Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

Banco Mundial

1. En cuanto al requisito del «conocimiento», el Banco Mundial agradecería en el comentario de este proyecto de artículo y en el del anterior, relativo a la «ayuda y asistencia», una clara indicación de que se trata de un conocimiento real (no presunto), tal como de hecho ha indicado la Comisión en el párrafo 9 de su comentario del artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

2. En cuanto a la «dirección y el control», ¿qué son? De resultas de un acuerdo entre una institución financiera internacional y un prestatario o beneficiario, la dirección y el control de la ejecución de actividades relativas a un proyecto o programa nunca se transfiere realmente, ya que la responsabilidad respecto de la ejecución sigue recayendo en el prestatario o beneficiario, en tanto que la institución financiera internacional participa como mucho en el proceso de supervisión. Sin embargo, la supervisión no es «control» ni «dirección». Tal como se señala acertadamente en el comentario de la correspondiente

[2] En el preámbulo de su resolución 1856 (2008), el Consejo de Seguridad condenó los ataques de toda índole dirigidos contra la población civil y subrayó la necesidad urgente de que el Gobierno de la República Democrática del Congo, en cooperación con la MONUC, pusiera «fin a las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en particular las cometidas por las milicias, los grupos armados y elementos de las Fuerzas Armadas de la República Democrática del Congo (FARDC)».

[3] Trigésimo informe del Secretario General sobre la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (S/2009/623).

disposición del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, el control «se refiere a los casos de dominación sobre la comisión de un hecho ilícito y no simplemente al ejercicio de supervisión»[1]. La inclusión de una aclaración expresa a tal efecto en el comentario del proyecto de artículo 14 sería fundamental para comprender con exactitud el texto y disipar cualquier posible preocupación sobre el significado y los efectos de esa disposición.

[1] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 73, párr. 7 del comentario al artículo 17.

NACIONES UNIDAS

1. La norma sobre «dirección y control» tiene su regla correlativa en el artículo 17 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. En opinión de la Comisión, una ilustración de este principio en relación con las organizaciones internacionales o un ejemplo de «ejercicio conjunto» de «dirección y control» es el argumento formulado por Francia en el caso *Licéité de l'emploi de la force* (Yugoslavia *c.* Francia) ante la CIJ, según el cual

La «dirección» de la KFOR incumbe a la OTAN, su «control» a las Naciones Unidas[1].

2. En el párrafo 7 de su comentario del artículo 17 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión señaló que

el término «controla» se refiere a los casos de dominación sobre la comisión de un hecho ilícito y no solamente al ejercicio de supervisión, ni mucho menos a la simple influencia e interés. De manera semejante, el término «dirige» no abarca la simple instigación o sugerencia sino connota más bien una dirección real de tipo efectivo.

Un ejemplo de «dirección y control» ejercidos por una organización internacional «en determinados supuestos»[2] es una decisión vinculante que no deja al Estado o la organización a los que se dirige capacidad discrecional alguna a la hora de cumplir lo establecido en ella.

3. La Secretaría no conoce ningún ejemplo en la práctica que apoye la norma sobre «dirección y control» prevista en el proyecto de artículo 14, según ha sido comentado por la Comisión, y duda de que resulte apropiado aplicarla por analogía con el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Muchos aspectos de esta norma, en particular el umbral para la «dirección y el control», su naturaleza y los medios por los que las organizaciones internacionales pueden ejercerlos, siguen sin estar claros. A diferencia de los Estados, las Naciones Unidas no controlan ni dirigen ningún Estado, y de hecho no pueden hacerlo, por los medios (militares, económicos y diplomáticos) de los que normalmente disponen los Estados. En la medida en que la «dirección y el control» adoptan la forma de una Resolución Vinculante, resulta difícil concebir una única resolución que permita controlar o dirigir a un Estado. Por último, durante los seis decenios de existencia de la Organización nunca ha existido ninguna Resolución Vinculante que cumpla la condición anteriormente mencionada, es decir, una resolución que suponga ejercer un «control operacional» sobre la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

[1] Objeciones preliminares de la República Francesa (5 de julio de 2000), *C.I.J Mémoires*, pág. 42, párr. 46, citado en el párr. 2 del comentario al proyecto de artículo 14.

[2] Párr. 3 del comentario al proyecto de artículo 14.

4. La Secretaría preferiría que el argumento formulado por Francia en el caso *Licéité de l'emploi de la force* (Yugoslavia *c.* Francia) ante la CIJ no se incluyera como ejemplo de «dirección y control». La declaración no solamente es controvertida, puesto que no ha habido pronunciamiento judicial al respecto, sino que, si se utiliza, se podría considerar que la Comisión hace suyo el argumento de que las Naciones Unidas ejercían control sobre la Fuerza Internacional de Seguridad en Kosovo (KFOR), lo cual es falso.

5. A la luz de lo indicado anteriormente, la Secretaría tiene serias dudas acerca de la existencia de «determinados supuestos» en los que una decisión vinculante constituya «dirección y control» en el sentido del proyecto de artículo 14 y opina que este tiene escasos efectos prácticos para la Organización.

Artículo 15. Coacción sobre un Estado u otra organización internacional

NACIONES UNIDAS

1. En el párrafo 2 de su comentario del proyecto de artículo 15, la Comisión señala que

entre una organización internacional y sus Estados u organizaciones internacionales miembros, una decisión vinculante adoptada por la organización internacional solo puede dar lugar a coacción en *circunstancias excepcionales**.

En el mencionado párrafo se reproduce el comentario del proyecto sobre la responsabilidad del Estado y la descripción de la coacción que se hace en él, que es la siguiente:

La coacción [...] tiene los mismos caracteres básicos que la fuerza mayor. [...] Solo bastará un comportamiento que se imponga a la voluntad del Estado coaccionado, sin darle ninguna opción efectiva que no sea cumplir los deseos del Estado coaccionante[1].

2. En opinión de la Comisión, el único medio de coacción de que disponen las organizaciones internacionales son las resoluciones vinculantes, y la «coacción» en el sentido del proyecto de artículo 15 debe ser similar a la fuerza mayor y no dejar al Estado u organización coaccionados otra opción que no sea su cumplimiento. La Comisión considera que la «coacción» solamente puede producirse «en circunstancias excepcionales», pero no aporta ningún ejemplo, ni siquiera teórico, de esas circunstancias.

3. La Secretaría no conoce práctica alguna que apoye la norma sobre «coacción» prevista en el proyecto de artículo 15 y considera que no es probable que se produzca tal práctica. En la práctica de la Organización, la probabilidad de que el Consejo de Seguridad apruebe una Resolución Vinculante que cumpla las condiciones establecidas en el proyecto de artículo 15, es decir, una resolución que no solamente obligue a un Estado a cometer un hecho internacionalmente ilícito, sino además mediante una «coacción» que tenga el efecto de la fuerza mayor, es prácticamente nula. Por tanto, desde el punto de vista de la Secretaría, es probable que este proyecto de artículo, al igual que ocurre en el proyecto de artículo 14, produzca unos efectos muy escasos, si no nulos, en la práctica de la Organización.

[1] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 73, párr. 2 del comentario al artículo 18.

Artículo 16. Decisiones, autorizaciones y recomendaciones dirigidas a los Estados y las organizaciones internacionales miembros

Comisión Europea

En sus anteriores contribuciones[1], la UE ha manifestado que, a su entender, el hecho de sostener que una organización internacional incurre en responsabilidad sobre la base de meras «recomendaciones» formuladas a un Estado u organización internacional es ir demasiado lejos. Se sigue dando el caso de que en el comentario no se cita ninguna autoridad para sustentar esa norma. Además, todo el proyecto de artículo y su comentario parecen inspirarse en la sentencia *Bosphorus*[2] del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A este respecto, es de destacar, tal como se ha mencionado más arriba, que la UE se encuentra negociando en la actualidad su adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[1] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1.

[2] *Bosphorus Hava Yollarŏ Turizm ve Ticary Anonim Şirkyi (Bosphorus Airways) c. Irlande* [Gran Sala], sentencia de 30 de junio de 2005, n.º 45036/98, ibíd., *2005-VI*.

Naciones Unidas

1. El proyecto de artículo 16 aborda el supuesto en que una organización internacional trata de influir en sus miembros con objeto de lograr un resultado que no habría podido alcanzar lícitamente y eludir así sus obligaciones internacionales. Según la Comisión, no se requiere prueba de esta intención.

2. El proyecto de artículo distingue entre resoluciones vinculantes y resoluciones que autorizan. Una Resolución Vinculante conlleva la responsabilidad de la organización en el momento de su aprobación; una resolución que autoriza conlleva su responsabilidad cuando realmente se comete el hecho y si se comete a causa de esa autorización o recomendación. La Comisión añade en este sentido que aunque una organización internacional puede ser responsable de los hechos cometidos por los Estados que actúan basándose en una autorización, aquella no sería responsable «de ninguna otra violación que cometieran el Estado miembro o la organización internacional miembro destinatarios de la autorización o recomendación»[1]. Por último, la Comisión concluye que el proyecto de artículo 16 puede solaparse con los proyectos de artículos 14 y 15, pero que es necesario para abarcar situaciones en las que el comportamiento de un Estado miembro destinatario de una decisión no sea ilícito.

3. Los ejemplos que figuran a continuación no entran dentro del ámbito del artículo 16, es decir, no son resoluciones vinculantes «contaminadas» de ilegalidad inicial y aprobadas para eludir una obligación de una organización internacional. No obstante, se ofrecen como indicación de la práctica de las Naciones Unidas cuando se han recibido reclamaciones con respecto a resoluciones vinculantes.

4. En ocasiones, las Naciones Unidas han recibido reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios derivadas de la aplicación de un régimen de sanciones del Consejo de Seguridad. En los casos en que las reclamaciones se han presentado por pérdidas o daños pecuniarios o por los gastos en los que se hubiera incurrido en otro concepto al aplicar las medidas coercitivas del Consejo de Seguridad, la Secretaría ha rechazado la responsabilidad de la Organización y ha defendido la postura de que, al cumplir las medidas coercitivas adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados deben sufragar los gastos derivados de la aplicación de esas medidas.

5. En los dos casos planteados ante la Oficina de Asuntos Jurídicos a mediados de los años noventa no se cuestionó la legalidad de la resolución del Consejo de Seguridad. En el primer caso, una compañía aérea presentó una reclamación de indemnización por los costos adicionales derivados de la modificación de la ruta de sus aeronaves de pasajeros para evitar sobrevolar territorio libio. El reclamante alegó que la resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad imponía un «embargo» a los Estados Miembros y prohibía surcar el espacio aéreo libio. La respuesta de la Secretaría fue, en primer lugar, que la resolución no había impuesto esa prohibición y, en segundo lugar, que:

> con arreglo al derecho internacional, es evidente que, si el Consejo de Seguridad adopta medidas en virtud del Capítulo VII de la Carta, las personas o sociedades que sufran una pérdida económica como consecuencia de tales medidas no pueden hacer ninguna reclamación a las Naciones Unidas[2].

6. El segundo caso se refiere a una reclamación de reembolso de los gastos derivados de la aplicación de un embargo de armas impuesto a Somalia por el Consejo de Seguridad en su resolución 733 (1992) (es decir, los gastos derivados de descargar la mercancía y volver a cargarla una vez completado el registro a petición de un Estado). La Secretaría respondió que:

> [l]a responsabilidad de aplicar los embargos impuestos por el Consejo de Seguridad corresponde a los Estados Miembros, los cuales, en consecuencia, son responsables de sufragar los gastos de cualquier medida concreta que consideren necesario adoptar para garantizar el cumplimiento del embargo[3].

7. En el asunto *Kadi* sustanciado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este señaló que el control judicial que llevaba a cabo no versaba sobre la legalidad de la resolución del Consejo de Seguridad conforme al derecho internacional, sino sobre la legalidad del reglamento que la aplicaba en el ordenamiento jurídico de la UE. Su conclusión se basó en la presunción de que los Estados son libres para elegir el método concreto de aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad en su ordenamiento jurídico interno y que el cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad debe producirse conforme a «la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro de la ONU»[4].

[1] Párr. 12 del comentario.

[2] Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1993*, ST/LEG/SER.C/31 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.13), pág. 382.

[3] Ibíd., *1995*, ST/LEG/SER.C/33 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.01.V.1), pág. 484.

[4] Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, Recopilación de jurisprudencia, 2008*, párr. 6.

8. En lo que respecta a la atribución de responsabilidad a las organizaciones internacionales por sus resoluciones vinculantes y no vinculantes aprobadas en violación de sus obligaciones internacionales, no existe ninguna disposición semejante al proyecto de artículo 16 en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Las condiciones acumulativas que establece, en particular la exigencia de que la decisión por la que se impute responsabilidad a la organización eluda una obligación internacional de esta (en concreto, que viole las obligaciones internacionales de la organización, pero no las obligaciones de sus Estados miembros), hace que en la práctica resulte muy improbable su aplicación a las organizaciones internacionales. Al mismo tiempo, la Secretaría señala que, al menos por lo que respecta a la propuesta de extender la responsabilidad a las organizaciones internacionales en determinados casos en relación con las *recomendaciones* que puedan formular a los Estados u otras organizaciones internacionales, parecería que el concepto de responsabilidad se amplía mucho más allá del ámbito de la práctica anterior con respecto a los Estados o las organizaciones internacionales y sugiere que la Comisión reconsidere este punto.

9. La Secretaría desea señalar que, al imponer regímenes de sanciones, el Consejo de Seguridad a menudo contempla posibles infracciones de los arreglos contractuales celebrados previamente entre los Estados en cuestión. Así, por ejemplo, el párrafo 24 de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad impone la prohibición de la venta y el suministro de armas y material conexo, tecnología y capacitación o apoyo técnico de otra índole al Iraq. En el párrafo 25 de esa resolución, el Consejo de Seguridad exhortó «a todos los Estados y organizaciones internacionales a obrar estrictamente de conformidad con el párrafo 24, *aunque existan contratos, acuerdos, licencias o arreglos de cualquier otro tipo**».

10. La Secretaría sugiere eliminar las palabras «incluso implícitamente» en el párrafo 12 del comentario. La razón no solamente es que los órganos rectores de las Naciones Unidas no funcionan sobre la base de recomendaciones o autorizaciones «implícitas», y mucho menos de resoluciones vinculantes, sino además, y sobre todo, debido a la dificultad de probar una «intención» de autorizar cuando no exista una manifestación clara y específica a tal efecto.

11. Si debiera existir una norma para imputar responsabilidad a la Organización por sus resoluciones vinculantes y sus resoluciones que autorizan, la Secretaría preferiría que se reconsiderasen los proyectos de artículos 14 a 16 independientemente de los artículos correspondientes que figuran en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado con miras a redactar un único proyecto de artículo integrador sobre las consecuencias jurídicas de las resoluciones de todo tipo aprobadas en violación de las obligaciones internacionales de la Organización y sus consecuencias para la responsabilidad de esta. Esa norma debería respetar la práctica de las organizaciones internacionales en este ámbito. En particular, y como se indica en el proyecto de artículo 66, debería entenderse sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas.

OCDE

Un hecho ilícito cometido por un país miembro al poner en práctica una decisión o recomendación de una organización no puede atribuirse a esa organización porque falta la dirección o el control de la organización en relación con el propio hecho. Así, únicamente el país miembro sería responsable del modo en que se pone o no se pone en práctica la decisión o recomendación. Se entiende que una organización, mediante una decisión o recomendación, no pedirá a un país miembro que incumpla alguna de sus obligaciones internacionales. En otras palabras, tal como manifestó el FMI[1], la especificación de un objetivo determinado por parte de una organización internacional, que el país miembro decide lograr incumpliendo sus obligaciones internacionales, no puede dar lugar al incumplimiento de tales obligaciones por la organización ni a la atribución de responsabilidad a la organización.

[1] *Anuario… 2005*, vol. II (primera parte), págs. 53 y 54, documento A/CN.4/556.

OIT

En el proyecto de artículo 16 no solo se hace referencia a decisiones y autorizaciones, sino también a recomendaciones. Parecería que las recomendaciones, por su naturaleza, son hechos no vinculantes y que, para que se cometa un hecho internacionalmente ilícito como consecuencia de una recomendación, es necesario que intervenga un hecho: la decisión del Estado u otra organización internacional de cometer ese hecho. Así pues, se rompería la cadena de causalidad.

Capítulo V

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

Artículo 19. Consentimiento

Naciones Unidas

1. En su comentario del proyecto de artículo 19, la Comisión señala que el principio según el cual el consentimiento excluye la ilicitud del comportamiento es, en general, pertinente en el caso de las organizaciones internacionales cuando el consentimiento que se da es el «del Estado en cuyo territorio tiene lugar el comportamiento de la organización»[1]. La Comisión cita los ejemplos de una comisión investigadora de las Naciones Unidas que realiza una investigación o una misión de verificación u observación de las Naciones Unidas desplegada en el territorio de un Estado[2].

2. La Secretaría considera que en estos ejemplos el consentimiento del Estado anfitrión no es necesariamente una circunstancia que excluya la ilicitud del comportamiento, sino más bien una *condición* de ese comportamiento, puesto que, de hecho, constituye una condición del despliegue de la presencia de las Naciones Unidas en el territorio de un Estado (por ejemplo, una conferencia de las Naciones Unidas, una oficina de las Naciones Unidas, una operación de mantenimiento de la paz (distinta de las operaciones contempladas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas), una misión política, una comisión

[1] Párr. 2.

[2] Párr. 3.

de investigación o cualquier otro mecanismo de rendición de cuentas de carácter judicial o no judicial). El consentimiento de un Estado a la presencia de las Naciones Unidas o a la realización de las actividades operacionales de estas en su territorio es, por tanto, el fundamento jurídico del despliegue de las Naciones Unidas, sin el cual no se llevaría a cabo ese comportamiento.

3. En las operaciones tradicionales de mantenimiento de la paz en que se ha retirado el consentimiento antes de finalizar el mandato, a continuación se ha producido normalmente la retirada de la operación de las Naciones Unidas. El caso de la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas (FENU) en 1967 es el ejemplo más destacado. Un caso más reciente es el de Eritrea, que en 2008 solicitó la retirada de la misión de las Naciones Unidas de su territorio. En su resolución 1827 (2008), de 30 de julio de 2008, el Consejo de Seguridad «[lamentó] que los obstáculos que Eritrea [interponía] a la Misión de las Naciones Unidas en Etiopía y Eritrea (MINUEE) [hubieran] llegado al extremo de menoscabar el fundamento del mandato de la Misión y [hubieran] obligado a la MINUEE a salir temporalmente de Eritrea» y decidió «dar por terminado el mandato de la MINUEE con efecto a partir del 31 de julio de 2008».

4. La Secretaría recuerda que en la práctica de las Naciones Unidas no se han registrado casos de hechos o comportamientos ilícitos de la Organización consentidos por la entidad «lesionada» o cuya ilicitud se haya subsanado mediante el consentimiento de esta. Al sugerir que se eliminen los ejemplos ofrecidos por la Comisión, por las razones anteriormente indicadas, la Secretaría no tiene objeción alguna a que se mantenga una norma con un amplio alcance aplicable a todo tipo de consentimiento del Estado a un hecho ilícito de una organización internacional como elemento que excluya la ilicitud. Se entiende, sin embargo, que el propio hecho debe ser ilícito o haber infringido ya alguna obligación internacional para que se excluya la responsabilidad de la organización internacional mediante el consentimiento de un Estado u otra organización internacional.

5. La Secretaría es consciente de que la Comisión aporta ejemplos semejantes en su comentario del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. No obstante, la Secretaría subraya la diferencia a este respecto entre Estados y organizaciones internacionales. Los Estados pueden, bastante a menudo, cometer hechos ilícitos en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este, en la mayoría de las ocasiones debido a la proximidad territorial. Sin embargo, en el caso de las Naciones Unidas el acceso al territorio de un Estado depende de un mandato de sus órganos políticos y es virtualmente imposible sin el consentimiento del Estado anfitrión.

Artículo 20. Legítima defensa

NACIONES UNIDAS

1. En su comentario, la Comisión señala que la legítima defensa es una excepción a la prohibición del uso de la fuerza, que es probable que su aplicabilidad solo sea pertinente respecto de las organizaciones internacionales que «administran un territorio o despliegan una fuerza armada»[1] y que «la medida en que las fuerzas de las Naciones Unidas tienen derecho a recurrir a la fuerza depende de las normas primarias relativas al alcance de la misión»[2].

2. Los comentarios de la Secretaría sobre el proyecto de artículo no abordan los casos de «legítima defensa» fuera del contexto de los conflictos armados en los que intervienen fuerzas de mantenimiento de la paz, sino que se limitan al uso de la fuerza en legítima defensa como respuesta a los ataques contra las operaciones de las Naciones Unidas en una situación de conflicto armado.

3. El uso de la fuerza en legítima defensa en situaciones de conflicto armado no ha sido infrecuente en la práctica de las operaciones de mantenimiento de la paz. Los casos de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR) en Bosnia y Herzegovina, la Operación de las Naciones Unidas en Somalia (ONUSOM), la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC), la Misión de las Naciones Unidas en el Sudán (UNMIS) y la Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur (UNAMID), son solo algunos de los ejemplos más recientes. Sin embargo, en la larga práctica de las operaciones de mantenimiento de la paz, incluidos los casos de administración de transición de las Naciones Unidas, no se ha registrado ningún caso en que se haya invocado la responsabilidad de la Organización por el uso ilegal (o «agresivo») de la fuerza (*ius ad bellum*). No obstante, la Organización ha aceptado su responsabilidad con respecto a determinado tipo de daños infligidos durante la realización de operaciones militares, tanto de carácter ofensivo como defensivo (*ius in bello*), normalmente por medio de un procedimiento de reclamación de terceros puesto en práctica por la respectiva misión de mantenimiento de la paz.

4. Si bien la Secretaría considera que la legítima defensa (su naturaleza, contenido y ámbito de aplicación) es una cuestión que depende esencialmente de las normas primarias del derecho internacional, reconoce que también puede actuar como circunstancia que excluye la ilicitud y, por tanto, debería incluirse en el texto del proyecto de artículos.

[1] Párr. 2 *in fine*.

[2] Párr. 3 *in fine*.

Artículo 21. Contramedidas

NACIONES UNIDAS

1. La figura de las contramedidas[1] tal y como se aplica a los Estados no es fácilmente extrapolable a las organizaciones internacionales. Si bien las contramedidas adoptadas por los Estados son intrínsecamente ilícitas (salvo por el hecho de la ilicitud inicial), las adoptadas por las organizaciones internacionales se encuentran a medio camino entre la legalidad y la ilegalidad, puesto que no deben ser «incompatibles» con las reglas de la organización. Por tanto, no se pueden permitir específicamente las

[1] Debido al carácter universal de las Naciones Unidas, de las que en la actualidad son Miembros todos los Estados, la Secretaría ha limitado sus comentarios a las contramedidas adoptadas por la Organización contra sus Estados Miembros.

contramedidas adoptadas por las organizaciones internacionales, pero tampoco se pueden prohibir específicamente. Las reglas de la organización deben guardar silencio al respecto para que la medida no sea «incompatible» con ellas y, por tanto, pueda considerarse una «contramedida» en el sentido del proyecto de artículos de la Comisión. Sigue abierto el debate sobre la cuestión del efecto que tiene el silencio de las reglas, en su caso, sobre la permisibilidad u otros aspectos de la medida.

2. En la práctica de las Naciones Unidas, si bien en ocasiones se han tomado decisiones para lograr un resultado por medios distintos de los expresamente contemplados en la Carta de las Naciones Unidas, ninguna de ellas ha sido calificada de contramedida. Un ejemplo fue la exclusión de Sudáfrica en tiempos del *apartheid* de su participación en las sesiones de la Asamblea General y en las conferencias convocadas por esta. En un dictamen jurídico sobre los procedimientos de suspensión de un Estado Miembro de un órgano del que puede formar parte cualquier Miembro – Artículo 5 de la Carta, el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas manifestó la opinión de que cualquier Estado, una vez que se ha convertido en Miembro, tiene derecho a esperar que sus obligaciones no aumenten y que sus derechos no sean cercenados «salvo de la manera expresamente establecida en la Carta», que los únicos procedimientos por los cuales se pueden denegar a un Estado los derechos y beneficios de su condición de Miembro son los contemplados en los Artículos 5, 6 y 19 de la Carta de las Naciones Unidas y que

> [s]i los redactores de la Carta hubieran tenido la intención de limitar los derechos de los Miembros de una manera distinta de lo establecido en los Artículos 5, 6 y 19 de la Carta, así lo habrían especificado en la Carta. Puede, pues, concluirse que los procedimientos para suspender a un Estado Miembro del ejercicio de alguno o algunos de los beneficios, derechos y privilegios de su condición de tal, que no se ajusten a los instituidos en el Artículo 5, *no están en armonía** con el orden jurídico establecido por la Carta[2].

3. El principio según el cual el ejercicio de facultades o la utilización de medios que no estén expresamente contemplados en la Carta de las Naciones Unidas (para lograr un resultado por medios distintos de los establecidos) son incompatibles con esta fue aplicado por la Oficina de Asuntos Jurídicos en los años posteriores en otros contextos (como el rechazo de las credenciales de Sudáfrica[3] o el caso de la ausencia de representación de la República Federativa de Yugoslavia[4]). Sobre la base de lo indicado anteriormente, es muy probable que se mantenga abierto el debate sobre la cuestión del efecto jurídico que debe atribuirse al silencio de las reglas y la cuestión de si la expresión «no sean incompatibles con» significa necesariamente «no sean ilegales».

4. Al aplicar por analogía la figura de las contramedidas a las relaciones entre las organizaciones internacionales y sus Estados miembros, no se tuvo demasiado en cuenta que el proceso de adopción de contramedidas por las organizaciones internacionales es básicamente diferente al proceso de adopción de contramedidas por los Estados. Cuando son adoptadas por los Estados, las contramedidas son consideradas «actos unilaterales» tanto en lo que respecta a la definición de la presunta ilegalidad del acto inicial como a la elección de la respuesta. Por el contrario, las contramedidas adoptadas por las organizaciones internacionales son el resultado de un proceso multilateral, plenamente inclusivo y, en el caso de las Naciones Unidas, virtualmente universal. Es un «proceso centralizado», a diferencia del sistema «descentralizado» de las contramedidas adoptadas por los Estados. Se ha pasado por alto la cuestión del efecto que se debería otorgar, en su caso, a ese sistema multilateral de contramedidas al legalizar o legitimar la medida.

5. También se ha obviado el principio de «cooperación y buena fe» que guía las relaciones entre la Organización y sus Estados Miembros[5], y a la luz del cual se debería examinar también la figura de las contramedidas cuando se aplica por analogía con las de los Estados.

6. La ausencia de práctica, que es un rasgo distintivo de un número significativo de proyectos de artículos, caracteriza también, y quizá de forma más particular, los relativos a las contramedidas, puesto que es incluso difícil concebir un ejemplo hipotético de contramedidas.

7. En la práctica de las Naciones Unidas ninguna medida que se haya adoptado, ya sea contra un Estado, ya sea contra una organización, ha recibido la calificación de contramedida. No obstante, ciertos autores sugieren que algunos casos pueden considerarse contramedidas, como la decisión de la Asamblea General de rechazar las credenciales de Sudáfrica en respuesta a su política de *apartheid*[6], la expulsión de Sudáfrica de la UPU en 1979, el rechazo a las credenciales de Israel por el OIEA en 1982 tras el ataque contra el reactor de Osiraq, la denegación de la asistencia de cooperación solicitada por Myanmar a la OIT en 1999 en respuesta a su práctica de trabajo forzoso, la suspensión en 1962 de Cuba como miembro de la OEA y la suspensión de Egipto como miembro de la Organización de la Conferencia Islámica en 1979 tras el acuerdo de paz con Israel. Sin embargo, en ninguno de estos casos las medidas adoptadas se calificaron de contramedidas.

8. En opinión de la Secretaría, el número y la complejidad de las condiciones impuestas a una organización internacional lesionada que pretende recurrir a las contramedidas en el sentido del proyecto de artículo pueden hacer virtualmente imposible que las cumpla. Se requiere que la organización lesionada pruebe que la medida adoptada no es incompatible con sus propias reglas, que la medida se adecua a las condiciones establecidas en los proyectos de artículos 50 a 56 y a otras condiciones no especificadas «de fondo y de procedimiento que exige el derecho internacional» y que no disponía de ningún medio distinto de la medida adoptada para asegurar el cumplimiento.

---

[2] Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1968*, ST/LEG/SER.C/6 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.2), pág. 207.

[3] A/8160.

[4] A/47/485, anexo.

[5] *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 93, párr. 43. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 150.

[6] Sin embargo, era cuestionable la legalidad de la medida conforme a las reglas de la Organización. Mientras que algunos defendían la legalidad de la medida, otros alegaban que la medida de la Asamblea General menoscababa ilegalmente los derechos de Sudáfrica como Miembro de las Naciones Unidas y, por tanto, suponía una violación de la Carta. Véase Dugard, «Sanctions against South Africa. An international law perspective». Véase también Dopagne, *Les contre-mesures des organisations internationales*, págs. 91 a 95.

9. La Secretaría coincide con la conclusión de la Comisión según la cual

> [l]as sanciones que una organización puede estar facultada para adoptar contra sus miembros conforme a las reglas de la organización son medidas lícitas de por sí y no se pueden asimilar a contramedidas[7].

10. Debido a las diferencias fundamentales entre las organizaciones internacionales y los Estados, la naturaleza de la relación entre una organización internacional y sus Estados miembros, los diferentes procesos de adopción de contramedidas por los Estados y las organizaciones internacionales y la ausencia de una práctica pertinente o concluyente, la Secretaría recomienda que no se incluya el capítulo sobre las contramedidas en el proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

[7] Párr. 3 del comentario al proyecto de artículo 21.

Artículo 24. Estado de necesidad

NACIONES UNIDAS

1. Tomado por analogía del artículo 25 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, el «estado de necesidad» como circunstancia que excluye la ilicitud debe ser el único medio de que dispongan las organizaciones internacionales para actuar frente a un riesgo grave que amenace el interés de la comunidad internacional. El «estado de necesidad» solamente puede ser invocado por la organización cuya función consista en proteger el interés que esté en peligro. Sin embargo, los ejemplos aportados por la Comisión no llegan a poner de manifiesto ningún acto destinado a proteger un interés de la comunidad internacional frente a un peligro inminente.

2. Las Naciones Unidas no se han enfrentado todavía a ninguna situación de «estado de necesidad» en el sentido del proyecto de artículo 24. El concepto de «necesidad operacional» que se ha desarrollado en el contexto de las operaciones de mantenimiento de la paz es, por supuesto, un concepto muy diferente del de «estado de necesidad» en cuanto a la naturaleza de la obligación infringida, el interés protegido y el «grave» peligro que amenaza a este. Tomado por analogía del concepto de «necesidad militar» aplicable en tiempos de conflicto armado, el concepto de «necesidad operacional» se aplica a las actividades no militares de las fuerzas de las Naciones Unidas como circunstancia que excluye la responsabilidad por pérdidas o daños materiales causados en el curso ordinario de la operación y en cumplimiento del mandato de las fuerzas.

3. En el informe del Secretario General de 1996 sobre la financiación de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas se redefinió el concepto de «necesidad operacional» y se establecieron sus rasgos jurídicos. Al tratar de conseguir un equilibrio entre la necesidad operacional de las fuerzas de las Naciones Unidas y el respeto a la propiedad privada, el Secretario General estableció las siguientes condiciones para que las Naciones Unidas pudieran invocar la «necesidad operacional» como circunstancia de exclusión de la responsabilidad:

a) El comandante de la fuerza debe estar convencido de buena fe de que existe una «necesidad operacional»;

b) La necesidad operacional que dé lugar a la medida debe ser apremiante y no únicamente una cuestión de conveniencia o facilidad. Además, debe ser de tal índole que no deje tiempo al comandante para considerar otra opción menos destructiva;

c) El acto debe ejecutarse de conformidad con un plan operacional y no debe ser consecuencia de una decisión individual precipitada;

d) El daño causado debe ser proporcional a lo que resulte estrictamente necesario para lograr el objetivo operacional[1].

4. Si bien en la práctica de las Naciones Unidas nunca se ha producido ninguna situación en la que haya surgido el «estado de necesidad», en el sentido del artículo 24, como circunstancia que excluya la responsabilidad, no se puede descartar la posibilidad de que semejante situación pueda darse en el futuro en la práctica de la Organización, incluidas su administración provisional y sus operaciones de mantenimiento de la paz. Por tanto, la Secretaría apoya la inclusión de la norma sobre el «estado de necesidad» en el proyecto de artículos propuesto.

[1] Financiación de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas, la Operación de las Naciones Unidas para el Restablecimiento de la Confianza en Croacia, la Fuerza de Despliegue Preventivo de las Naciones Unidas y el Cuartel General de las Fuerzas de Paz de las Naciones Unidas (A/51/389), párr. 14.

TERCERA PARTE

CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 29. Cesación y no repetición

NACIONES UNIDAS

1. Con respecto al apartado *b* del proyecto de artículo, en el párrafo 4 del comentario del artículo 29 se señala que «[e]s difícil encontrar ejemplos de seguridades y garantías de no repetición dadas por organizaciones internacionales». De hecho, en el comentario no se aporta ningún ejemplo de seguridades o garantías de no repetición ofrecidas por una organización internacional. Sin embargo, en el comentario se indica a continuación que

> si se considera a una organización internacional responsable de la violación persistente de una determinada obligación —como la de impedir la comisión de abusos sexuales por sus funcionarios o miembros de sus fuerzas armadas—, las garantías de no repetición no estarían precisamente fuera de lugar.

2. La Secretaría se pregunta si, a la vista de la ausencia total de práctica en materia de otorgamiento de seguridades y garantías de no repetición por las organizaciones internacionales, es apropiado que la Comisión llegue a la conclusión de que en el momento actual existe la obligación de ofrecer esas seguridades y garantías y sugiere que la Comisión reconsidere la inclusión de este apartado en el proyecto de artículo 29.

3. La Secretaría sugiere también que la Comisión reconsidere la frase del comentario sobre la prevención de los abusos sexuales por funcionarios de una

organización internacional o miembros de una fuerza de esa organización. Sin duda, este es un tema importante que ha recibido una atención considerable por parte de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales y es posible que una referencia superficial al tema afirmando que las seguridades y garantías de no repetición en este contexto «no estarían precisamente fuera de lugar» no refleje la complejidad de la cuestión.

Artículo 30. Reparación

FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO

A estas organizaciones les preocupa el hecho de que la Comisión parece haber prestado escasa atención a la situación especial de las organizaciones internacionales en relación con la obligación de indemnizar. Si las organizaciones internacionales estuvieran obligadas a «reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito», eso podría dar lugar a un riesgo excesivo, habida cuenta de que, en general, las organizaciones internacionales no generan sus propios recursos financieros, sino que dependen de contribuciones obligatorias o voluntarias de sus miembros. Esto podría ser poco realista, ya que, si el hecho internacionalmente ilícito de una organización causa un grave daño, la organización podría no disponer de los fondos necesarios para indemnizar íntegramente o, en la situación contraria, el pago de una indemnización podría poner en peligro sus actividades y mandatos.

Naciones Unidas

1. Al aplicar el principio de reparación íntegra a las organizaciones internacionales, la Comisión reconoce la insuficiencia de los recursos financieros de los que a menudo disponen estas para responder a los casos de responsabilidad internacional. En este sentido, la Comisión sugiere que la indemnización ofrecida a título graciable por las organizaciones internacionales no obedece necesariamente a la abundancia de recursos, sino más bien a su renuencia a admitir su responsabilidad internacional[1].

2. La Secretaría señala que, en la práctica de la Organización hasta el momento, la indemnización parece ser la única forma de reparación, aunque la restitución y la satisfacción sigan siendo posibles formas de reparación.

3. En su resolución 52/247, de 26 de junio de 1998, la Asamblea General aprobó algunas limitaciones temporales y financieras a la responsabilidad frente a terceros derivada de las operaciones de mantenimiento de la paz, en particular respecto de las reclamaciones derivadas de: *a*) lesión, enfermedad o muerte; *b*) daños a la propiedad; y *c*) utilización no consensual de locales de propiedad privada, a menos que esas reclamaciones estén excluidas como consecuencia de la «necesidad operacional».

4. Conforme a la mencionada resolución, el pago de la indemnización está sujeto a las siguientes limitaciones:

a) Los tipos indemnizables de lesión o perjuicio se limitarán a las pérdidas económicas, como los gastos médicos y de rehabilitación, el lucro cesante, la pérdida de apoyo financiero, los gastos de transporte relacionados con la lesión, la enfermedad o la atención médica, las costas judiciales y los gastos funerarios;

b) Las Naciones Unidas no pagarán indemnización alguna por perjuicios no económicos, como el dolor, el sufrimiento o la angustia, ni por perjuicios punitivos o morales;

c) Excepto en circunstancias excepcionales, y previa aprobación (incluida la aprobación por parte de la Asamblea General), el monto de la indemnización pagadera por lesión, enfermedad o muerte no podrá superar la cuantía máxima de 50.000 dólares de los EE.UU. y, dentro de ese límite, la cuantía efectiva se determinará de conformidad con las normas sobre indemnización vigentes en el lugar;

d) La indemnización por daños o perjuicios causados a los bienes personales cubrirá los gastos razonables de reparación o reposición;

e) Se excluye el pago de indemnización en caso de necesidad operacional.

5. Las anteriores limitaciones financieras no se aplican a las reclamaciones por negligencia grave o falta deliberada de conducta, o en ámbitos concretos, como los accidentes de circulación y aéreos, en los que las Naciones Unidas han celebrado acuerdos de seguro comercial para cubrir las reclamaciones de terceros por lesiones corporales o fallecimiento.

6. Con el fin de asegurar que esas limitaciones se puedan oponer a terceros, las Naciones Unidas celebran acuerdos con los Estados Miembros en cuyos territorios se despliegan las misiones de mantenimiento de la paz e incluyen en esos acuerdos disposiciones para la aplicación de esas limitaciones financieras y temporales a la responsabilidad frente a terceros.

7. Además de las limitaciones mencionadas en relación con las operaciones de mantenimiento de la paz, también se establecen limitaciones financieras a la responsabilidad de las Naciones Unidas en el reglamento 4, aprobado por la Asamblea General en su resolución 41/210, de 11 de diciembre de 1986, para el distrito de la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. El reglamento tiene como objetivo fijar «límites razonables al monto de la indemnización pagadera por las Naciones Unidas respecto de los actos u omisiones ocurridos dentro del distrito de la Sede». Por consiguiente, no se puede pagar ninguna indemnización de la pérdida pecuniaria por encima de los límites fijados en las normas que rigen la indemnización de los miembros de comisiones, comités u órganos semejantes en caso de muerte, lesión o enfermedad imputable a servicios prestados a las Naciones Unidas y, en el caso de las pérdidas no pecuniarias, la indemnización no puede ser superior a 100.000 dólares.

8. En opinión de la Secretaría, la obligación de reparar, así como el alcance de esa reparación, deben estar sujetos, en el caso de las Naciones Unidas, a las reglas de la organización y, más concretamente, a la norma de la *lex specialis* en el sentido del proyecto de artículo 63.

[1] Párrs. 3 y 4 del comentario al proyecto de artículo 30.

OIT

1. A fin de determinar la existencia de práctica, la Comisión y su Relator Especial citaron, en particular, los ejemplos de la jurisprudencia de los tribunales administrativos, utilizada para respaldar las propuestas respecto de posibles reparaciones de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos[1], que no son pertinentes para el examen de la responsabilidad de las organizaciones internacionales con arreglo al derecho internacional. Los tribunales administrativos han sido establecidos como parte de las «reglas de la organización» y las distintas organizaciones «matrices» les han conferido diferentes mandatos. Por ejemplo, la reposición de un funcionario, como medida que puede ser ordenada por un tribunal administrativo, no existe en los estatutos de todos los tribunales administrativos. Por ello, la OIT considera que esa práctica no es pertinente para el debate sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales con arreglo al derecho internacional general. Además, es importante distinguir entre los hechos cometidos por organizaciones internacionales cuando son internacionalmente ilícitos, es decir, violaciones del derecho internacional, y los que son ilícitos según la legislación nacional.

2. Otro posible problema que plantean los ejemplos citados por el Relator Especial es la situación singular de la UE[2]. Los ejemplos de responsabilidad de las organizaciones que son a su vez miembros de otras organizaciones, como la UE, y que, por tanto, están sujetas a los órganos judiciales o cuasijudiciales de las organizaciones de las que son miembros, no constituirían necesariamente la práctica aplicable a todas las demás organizaciones internacionales «tradicionales». La Comisión tal vez desee revisar los ejemplos que la han llevado a formular algunas conclusiones a fin de asegurarse de que se aplican únicamente a esas situaciones singulares.

3. El criterio de «reparar íntegramente» puede dar lugar a que se tenga la idea de exigir a las organizaciones internacionales que mantengan un fondo para imprevistos o que dispongan de un seguro de elevada cuantía para garantizar su solvencia, en caso de tener que hacer frente a esas obligaciones, o cualquier otro tipo de mecanismo destinado a que los Estados miembros contribuyan a pagar dichas obligaciones en caso de que surjan. Las organizaciones internacionales no son, en principio, generadoras de beneficios y no pueden ampararse en un sistema fiscal para financiar sus actividades. Tienen que recurrir a los fondos que se les asignen. Si tuvieran que aportar fondos para obligaciones eventuales, como una posible indemnización, habrían reducido sus fondos destinados al cumplimiento de los mandatos que originariamente se les encomendaron. Al imponer esa obligación paralela a las organizaciones internacionales, la Comisión corre el riesgo de limitar ciertamente sus futuras actividades. El requisito de «reparar íntegramente» puede dar lugar, en el caso de indemnización, a la desaparición de la organización internacional correspondiente. La Comisión tal vez desee considerar algunos límites a la obligación de indemnizar, tal como se hizo en el caso de la satisfacción.

Artículo 31. Irrelevancia de las reglas de la organización

Comisión Europea

Como se ha comentado más arriba en relación con el proyecto de artículo 9, no es coherente que en el proyecto de artículos se señale, por una parte, que la organización internacional responsable no puede invocar su derecho interno («sus reglas») como justificación del incumplimiento de sus obligaciones (proyecto de artículo 31, párr. 1) y, por otra parte, que una violación del derecho interno de la organización puede constituir una violación del derecho internacional (proyecto de artículo 9, párr. 1).

Consejo de Europa

El proyecto de artículo 31 puede dar lugar a algunas vacilaciones, ya que parece difícil responsabilizar a una organización internacional de las disposiciones de su tratado constitutivo que sean ilícitas con arreglo al derecho internacional. El significado de la palabra «reglas» en el párrafo 1 de este proyecto de artículo debería ser objeto de aclaraciones.

Naciones Unidas

1. La Secretaría reitera la importancia de la doble naturaleza de las reglas de la organización y la distinción que se debe hacer entre las normas de derecho internacional y el derecho interno de la organización. La Secretaría también señala que, en el caso de las Naciones Unidas, cuyas «reglas» incluyen la Carta de las Naciones Unidas, esta puede invocarse como justificación del incumplimiento de obligaciones, en el sentido del proyecto de artículo 31, párr. 1.

2. La Secretaría considera que el párrafo 2 del proyecto de artículo 31, leído conjuntamente con el comentario de la Comisión, en particular sus párrafos 3 y 4, da respuesta a su inquietud en el sentido de que, en las relaciones entre la organización y sus Estados miembros, se deben aplicar las reglas de la organización sobre las formas de reparación, incluidas las limitaciones de su responsabilidad frente a terceros, como parte de la norma más general de *lex specialis*.

OIT

Las reglas de las organizaciones no deben compararse con las reglas internas de los Estados, como se hizo en el proyecto de artículo 31, en el que la Comisión se limita a establecer un paralelismo con el principio de que un Estado no puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones. Sigue siendo importante aclarar si las «reglas de la organización» forman parte del derecho internacional o representan un sistema *sui generis*. En la situación descrita en el proyecto de artículo 31, cabe detectar un conflicto de normas al mismo nivel que la jerarquía de normas que estaba justificada en el contexto de la responsabilidad del Estado. Cabe incluso imaginarse la precedencia de los instrumentos constitutivos. Por ejemplo, si una organización internacional, por decisión de sus órganos, se abstiene de proporcionar

[1] Quinto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), pág. 12, documento A/CN.4/583, párr. 43.

[2] Tercer informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario… 2005*, vol. II (primera parte), pág. 10, documento, A/CN.4/553, párrs. 11 y 12.

asistencia técnica a un Estado miembro con el que tiene concertado un tratado válido, ¿habría un conflicto entre dos obligaciones internacionales del mismo nivel o debería prevalecer la obligación derivada del instrumento constitutivo de la organización? ¿Acaso las reglas de la organización deberían excluir la ilegalidad del incumplimiento de obligación internacional y construir una justificación suficiente para no reparar? O por el contrario, ¿debería tener la responsabilidad un carácter exclusivamente objetivo, lo que significa que una organización sería responsable de no haber cumplido una obligación internacional pese a que sus órganos rectores hubieran pedido que actuara de ese modo? En el capítulo V del proyecto de artículos no parece abordarse adecuadamente esa cuestión.

Artículo 32. Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte

NACIONES UNIDAS

1. En el párrafo 5 de su comentario del proyecto de artículo 32, párr. 2, la Comisión ofrece dos ejemplos de esferas importantes en las que se generan derechos en beneficio de personas distintas de los Estados o las organizaciones. El primero se refiere a las violaciones por organizaciones internacionales de las obligaciones que les incumben en virtud de normas de derecho internacional en materia de empleo, y el segundo a las violaciones cometidas por el personal de mantenimiento de la paz que afectan a particulares. La Comisión llega a afirmar que, si bien las consecuencias de estas violaciones con respecto a particulares no están regidas por el proyecto de artículos, «ciertas cuestiones de responsabilidad internacional que surgen en estos contextos probablemente son semejantes a las que se regulan en los presentes artículos».

2. La Secretaría recomienda que se elimine el párrafo 5 del comentario, puesto que puede crear la idea errónea de que las normas que figuran en el proyecto de artículo se aplican a entidades y personas distintas de los Estados y las organizaciones internacionales. La Secretaría señala que las condiciones de empleo están reguladas por las reglas internas de la Organización[1] y, por lo tanto, su violación no generaría la responsabilidad internacional de esta. La Secretaría también señala que, con escasas excepciones, en la práctica de las operaciones de mantenimiento de la paz las reclamaciones contra la Organización se han circunscrito al ámbito del derecho privado. Por último, la Secretaría indica que, conforme al artículo VIII, secc. 29, de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, la Organización deberá ofrecer medios alternativos de solución de las controversias de derecho privado.

[1] Por ejemplo, el Estatuto y Reglamento del Personal de las Naciones Unidas.

CAPÍTULO II

INDEMNIZACIÓN

Artículo 35. Indemnización

OIT

Véase el comentario que se hace en relación con el proyecto de artículo 30 *supra*.

Artículo 36. Satisfacción

NACIONES UNIDAS

1. En el comentario[1], la Comisión se refiere a los pronunciamientos efectuados por el Secretario General de las Naciones Unidas en relación con el informe de la investigación independiente sobre la actuación de las Naciones Unidas durante el genocidio de 1994 en Rwanda y su informe sobre la caída de Srebrenica[2], en el que expresó su «pesar» y su «remordimiento» por los fallos cometidos por las Naciones Unidas.

2. Sin pretender en modo alguno matizar esa declaración de pesar en relación con acontecimientos que todavía tienen una fuerte carga moral y política la Secretaría desea reiterar que, en palabras de la Comisión, esos «ejemplos [...] no versan expresamente sobre la violación de una obligación de derecho internacional»[3].

[1] Párrs. 2 y 3.

[2] Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General. La caída de Srebrenica (A/54/549), párr. 503.

[3] Parr. 1 del comentario.

OIT

En cuanto a la satisfacción, que es una de las posibles formas de reparación por parte de las organizaciones internacionales, hay una diferencia entre la responsabilidad de los Estados y la de las organizaciones internacionales. En tanto que está debidamente establecida la regla del derecho internacional consuetudinario en cuanto a quién representa a un Estado en las relaciones internacionales, eso no resulta obvio para las organizaciones internacionales, habida cuenta en particular de que hay diferentes órganos que pueden constituir la fuente del hecho internacionalmente ilícito que ha de ser reparado. Los ejemplos citados por el Relator Especial[1] y la Comisión muestran que hay confusión en esa esfera. Si bien los jefes ejecutivos constituyen una parte visible de la organización, rara vez están facultados por el instrumento constitutivo para representar a la organización en relación con esos asuntos. Así pues, parece importante agregar una precisión al final del párrafo 2 del proyecto de artículo 36, que podría consistir en las palabras «de conformidad con la reglas de la organización de que se trate» o una referencia al «órgano competente».

[1] Quinto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), pág. 13, documento A/CN.4/583, párrs. 50 a 52.

Artículo 37. Intereses

NACIONES UNIDAS

1. La Comisión afirma en su comentario que las normas sobre los intereses

tienen por objeto garantizar la aplicación del principio de reparación íntegra. Consideraciones análogas se aplican a este respecto en el caso de las organizaciones internacionales[1].

[1] Párr. 1.

2. Las Naciones Unidas tienen por política, en general, no pagar intereses. De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas, y con las consignaciones efectuadas por la Asamblea General, la Organización paga por los bienes y servicios que recibe de los contratistas comerciales. Por tanto, en sus contratos con los proveedores comerciales, las Naciones Unidas normalmente excluyen el pago de intereses. Por consiguiente, las Naciones Unidas únicamente han pagado intereses en contadas ocasiones, por ejemplo en cumplimiento de laudos de tribunales de arbitraje.

3. La Secretaría considera que el presente proyecto de artículo, al igual que otros que figuran en esta parte, debería estar sujeto a «las reglas de la organización» y al principio de la *lex specialis* en el sentido del artículo 63 del proyecto de artículos.

Artículo 39. Medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de reparación

COMISIÓN EUROPEA

La norma propuesta en el proyecto de artículo 39 parece basarse primordialmente en otra anterior, a saber, la del asunto del Consejo Internacional del Estaño[1]. Por lo que respecta a la UE, no parece ser necesario que el proyecto de artículos incluya una norma genérica de esa índole. En cualquier caso, es de destacar que la UE tiene una partida presupuestaria en la que se consigna una reserva para hacer frente a circunstancias imprevistas.

[1] Reino Unido, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, *Maclaine Watson & Co. Ltd.* v. *Department of Trade and Industry*; *J. H. Rayner (Mincig Lane) Ltd.* v. *Department of Trade and Industry and Others*, sentencia de 27 de abril de 1988, ILR, vol. 80, pág. 109.

FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT Y UNESCO

El proyecto de artículo 39 constituye una medida en la dirección adecuada, aunque no resulta suficiente. Dado que el proyecto de artículos se enmarca en gran medida dentro del proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional, esta podría ser una ocasión única para exponer la obligación de los Estados miembros de proporcionar medios financieros suficientes a las organizaciones en relación con su responsabilidad.

OIT

En el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 30, relativo a la reparación, se señala claramente que las organizaciones internacionales pueden no disponer de todos los medios necesarios para prestar las reparaciones exigidas, especialmente como consecuencia de la insuficiencia de los recursos financieros. No obstante, este comentario no se tiene en cuenta, dada la explicación de que la insuficiencia no puede exonerar a la organización responsable de las consecuencias jurídicas resultantes de su responsabilidad en virtud del derecho internacional. Aunque el principio general puede ser aceptable, parece entrañar problemas su aplicación práctica en lo concerniente a la indemnización. En este contexto, resulta bien acogido el proyecto de artículo 39 por constituir un enfoque innovador, aunque es menester reforzarlo. Sin embargo, parece ser superfluo el requisito de que los Estados miembros han de actuar de conformidad con las reglas la organización.

CUARTA PARTE

MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 42. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado o la organización internacional lesionada

COMISIÓN EUROPEA

La UE puede recurrir ante varios órganos internacionales de solución de controversias que permiten que los Estados no pertenecientes a la UE incoen acciones contra ella (por ejemplo, los órganos de solución de controversias de la OMC y el TIDM). Además, los Estados no pertenecientes a la UE, en virtud de disposiciones expresas de acuerdos internacionales concertados con la UE, tienen la posibilidad de recurrir a los tribunales de la Unión en los casos de presunta violación de un acuerdo por la UE. Además, como ya se ha mencionado, cuando la UE se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos, los Estados no pertenecientes a la UE podrán interponer demandas contra la UE sobre la base de las disposiciones «interestatales» del Convenio.

OSCE

En el apartado *b*, inc. ii), la conjunción «y», dentro de las palabras «la situación de todos los demás Estados y organizaciones internacionales», debe sustituirse por la palabra «u».

Artículo 44. Admisibilidad de la reclamación

NACIONES UNIDAS

1. En su comentario del proyecto de artículo, la Comisión reconoce que solo existen vías de recurso efectivas en el ámbito de las organizaciones internacionales en el caso de un reducido número de organizaciones y señala que los «recursos internos», en el sentido del proyecto de artículo 44, incluyen otras vías de recurso disponibles ante tribunales arbitrales o tribunales u órganos administrativos nacionales cuando la organización internacional ha aceptado su competencia para examinar reclamaciones[1].

2. Desde la perspectiva de la Secretaría, resulta esencial aclarar de entrada que la referencia al «agotamiento de los recursos internos» no debe interpretarse en el sentido de que sugiere la existencia de una obligación que incumbe a

[1] Párr. 9.

las organizaciones internacionales de someterse en cualquier contexto a la competencia de los tribunales u órganos administrativos nacionales. La Comisión hace referencia, por ejemplo, a la aplicabilidad del párrafo 2 en el contexto del «trato dado a una persona por una organización internacional durante la administración de un territorio»[2]. Sin embargo, la Secretaría señala que, en lo que respecta a las Naciones Unidas, cuando estas han actuado como administrador provisional de un territorio, los particulares no han dispuesto de recursos ante los tribunales u órganos administrativos nacionales en relación con las medidas adoptadas por la Organización. De hecho, las normas aplicables han establecido la inmunidad general de jurisdicción con respecto a los juzgados y tribunales nacionales. Cabe imaginar que la referencia al «agotamiento de los recursos internos» en este contexto podría crear confusión y la Secretaría sugiere que se aclare que la referencia a los recursos internos no supone contradicción alguna con el régimen de inmunidad de las Naciones Unidas u otras organizaciones, según corresponda.

3. Sin embargo, la Secretaría señala al mismo tiempo que la práctica de la Organización permite alcanzar dos conclusiones con respecto a esas vías de recurso «disponibles y efectivas»: en primer lugar, cuando la Organización ha establecido una «vía de recurso disponible y efectiva», esa vía constituye el único medio disponible para examinar las cuestiones incluidas en el ámbito del recurso y, en segundo lugar, cualquier decisión derivada de ese procedimiento es considerada definitiva y vinculante.

4. Se pueden mencionar dos tipos de «vías de recurso disponibles y efectivas» establecidas por la Organización para ilustrar la práctica de esta. En primer lugar, existe un sistema de justicia interna a disposición del personal de las Naciones Unidas para todos los asuntos relacionados con sus condiciones de servicio. Tal y como ha quedado fijado tras su reestructuración, el sistema consta de dos niveles de administración de justicia (el Tribunal Contencioso-Administrativo de las Naciones Unidas y el Tribunal de Apelaciones de las Naciones Unidas) para conocer de las causas contra el Secretario General que tienen por objeto impugnar una decisión administrativa por presunto incumplimiento de las condiciones de servicio o del contrato de empleo[3].

5. En segundo lugar, existen procedimientos para los casos de controversias en el ámbito del derecho privado entre la Organización y terceros, cuyo establecimiento viene exigido por el artículo VIII, secc. 29, de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas. Estos procedimientos incluyen los establecidos para resolver las reclamaciones surgidas en el contexto de las misiones de mantenimiento de la paz y otras misiones de las Naciones Unidas, incluidos los casos en que la Organización ha actuado como administrador temporal de un territorio, y las condiciones contractuales que establecen el recurso al arbitraje definitivo y vinculante con respecto a las reclamaciones derivadas del contrato.

6. Por último, la Secretaría señala con respecto al proyecto de artículo 49, en la medida en que se aplica al proyecto de artículo 44, párr. 2, que la práctica de las Naciones Unidas es uniforme en relación con las personas o entidades distintas de los Estados en el sentido de que, cuando las Naciones Unidas ofrecen «vías de recurso disponibles y efectivas», no existe la posibilidad de reclamar contra la Organización salvo por los procedimientos establecidos.

OSCE

En el proyecto de artículo 44, cabría la posibilidad de agregar, preferiblemente antes del párrafo 2, una referencia al carácter funcional de las reclamaciones de una organización internacional contra otra organización internacional o un Estado sobre la base del criterio del «agente» (proyecto de artículo 2, apdo. *c*).

Artículo 47. Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales responsables

Comisión Europea

En cuanto al proyecto de artículo 47, se hace una remisión a las observaciones formuladas *supra* en relación con el párrafo 9 del comentario del proyecto de artículo 9. El asunto *Parlamento Europeo* c. *Consejo de la Unión Europea*[1], planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se examina acertadamente aquí como ejemplo de acuerdo «mixto», en el que del lado de la UE se integran como partes no solo la Unión, sino también sus Estados miembros. Asimismo es de destacar que, si bien la UE y todos sus Estados miembros son miembros de la OMC, la mayoría de las controversias se suscitan únicamente contra la UE, a la que se hacen cumplir las correspondientes decisiones.

[1] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-316/91, sentencia de 2 de marzo de 1994, *Recopilación de Jurisprudencia 1994*, pág. 625.

Capítulo II

CONTRAMEDIDAS

Artículo 50. Objeto y límites de las contramedidas

Comisión Europea

En lo tocante al párrafo 4 del comentario, es de destacar que la OMC cuenta con un régimen concreto de «contramedidas» en el marco de los artículos 21 y 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. En la medida en que tales contramedidas estén autorizadas por un tratado, es cuestionable que no constituyan verdaderos ejemplos de contramedidas con arreglo al derecho internacional general.

Naciones Unidas

La Secretaría señala que el proyecto de artículo 50, párr. 1, no contempla la posibilidad de contramedidas adoptadas por una organización internacional lesionada

[2] Párr. 6.

[3] Estatuto del Tribunal Contencioso-Administrativo de las Naciones Unidas, resolución 63/253 de la Asamblea General, de 24 de diciembre de 2008, anexo I.

contra un Estado o un Estado miembro, sino solamente contra una organización internacional. Esto parece incompatible con el texto del proyecto de artículo 21. La misma observación se aplica al proyecto de artículo 54.

OSCE

La OSCE está de acuerdo con la posibilidad de que se adopten contramedidas por las organizaciones internacionales o contra ellas, contramedidas que han de distinguirse de las sanciones que una organización puede imponer a sus miembros con arreglo a sus normas internas. Las disposiciones pertinentes del proyecto de artículos (proyectos de artículos 21 y 50 a 56) se aplican únicamente a la primera categoría de medidas. Algunas contramedidas concretas relacionadas con el incumplimiento de obligaciones contraídas con otras organizaciones internacionales o Estados pueden, sin embargo, afectar eventualmente a terceras partes, como, por ejemplo, los beneficiarios de un programa ejecutado conjuntamente por dos o más organizaciones internacionales y Estados, lo cual es común en la OSCE. En este contexto, la cesación de la (financiación de la) ejecución del proyecto correspondiente, como contramedida contra un miembro, puede afectar también al Estado en que se esté ejecutando el proyecto o a los beneficiarios de este último. Aunque los proyectos de artículos se ocupan de las repercusiones que las contramedidas pueden producir en la entidad destinataria (véase el proyecto de artículo 53), también puede resultar útil abordar la cuestión de las repercusiones de las contramedidas en las entidades no destinatarias. Esta cuestión puede quedar abarcada por una explicación concreta en el comentario.

Artículo 51. Contramedidas tomadas por miembros de una organización internacional

Comisión Europea

El proyecto de artículo 51, apdo. *a*, plantea de nuevo la cuestión, ya mencionada, del rango en el derecho internacional del derecho interno de una organización. Es muy dudoso que este proyecto de artículo pueda aplicarse a la UE para abarcar la hipótesis de contramedidas con arreglo al derecho internacional entre la organización y sus Estados miembros. Ello se pone parcialmente de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se examina en el párrafo 6 del comentario, en el que acertadamente se señala que la existencia de vías de recurso judiciales en la UE parece excluir a los Estados miembros de la UE de recurrir a las contramedidas contra esta.

Artículo 52. Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

Naciones Unidas

1. En su comentario del párrafo 1, apdo. *a*, del proyecto de artículo 52, la Comisión sugiere que

> el uso de la fuerza se podría considerar una contramedida adoptada contra una organización internacional solo si la prohibición de emplear la fuerza existiera con relación a esa organización[1].

[1] Párr. 1 del comentario.

La Secretaría entiende que debería afirmarse inequívocamente la prohibición del uso de la fuerza tanto en el texto del proyecto de artículo como en el comentario.

2. La Secretaría también recomienda que, si se mantiene, el párrafo 2, apdo. *b*, del proyecto de artículo 52 se debería redactar de nuevo para reflejar de forma apropiada las prerrogativas e inmunidades de las que disfrutan las organizaciones internacionales. Además de los agentes, los locales, los archivos y los documentos, se deberían incluir los bienes, los fondos y los activos, particularmente vulnerables a las contramedidas cuando están situados en el territorio del Estado lesionado. Se somete a la consideración de la Comisión la siguiente redacción del párrafo 2, apdo. *b*:

«de respetar las prerrogativas e inmunidades aplicables a los agentes de la organización internacional responsable, sus bienes, sus fondos y sus activos, así como la inviolabilidad de los locales, archivos y documentos de esa organización.»

Artículo 53. Proporcionalidad

Naciones Unidas

En su comentario del proyecto de artículo 53, la Comisión afirma que cuando una organización internacional resulta lesionada, corresponde a esta y no a sus Estados miembros adoptar las contramedidas, como medio para evitar una reacción excesiva[1]. Sin embargo, en la práctica de las Naciones Unidas no siempre resulta clara la distinción entre la Organización y sus Estados Miembros a tal efecto. Si llegaran a adoptarse, las contramedidas probablemente se aprobarían en una resolución que, como tal, sería aplicada por los Estados Miembros de la Organización.

[1] Párr. 4.

Quinta parte

RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

OIT

1. La OIT ya expresó en sus comentarios de 2006 sus reservas sobre lo que parecía ser una responsabilidad conjunta de los Estados y las organizaciones internacionales[1]. Para determinar el derecho de las Naciones Unidas a formular una reclamación internacional, el punto de partida para la CIJ era el argumento de que la organización ocupaba una posición que en ciertos aspectos se desviaba de la de sus miembros. Resulta difícil conciliar esta postura con la de la Comisión, según la cual

> [e]l hecho de que la organización posea una personalidad jurídica independiente no excluye la posibilidad de que un comportamiento determinado sea atribuido a la vez a la organización y a uno o varios de sus miembros o a todos sus miembros[2].

[1] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/568 y Add.1.

[2] Párr. 10 *in fine* del comentario al proyecto de artículo 2.

A menos que la propia organización autorice a sus miembros a actuar en su nombre («a través de los Estados miembros»), como, por ejemplo, cuando, debido a la imposibilidad de que la organización acepte la obligación internacional[1] o cuando el tratado establece una responsabilidad compartida, no parece haber una razón clara para que, por ejemplo, los Estados miembros deban incurrir en responsabilidad por las decisiones adoptadas por órganos de la organización, habida cuenta en particular de que pueden adoptarse (y usualmente se adoptan) por mayoría de votos.

2. Los conceptos de ayuda y asistencia (proyecto de artículo 57) y más aún los de dirección y control (proyecto de artículo 58), por no mencionar el de «coacción» (proyecto de artículo 59), parecen denegar una personalidad jurídica diferenciada a las organizaciones internacionales. La justificación para «levantar el velo de la organización» no se encuentra en los comentarios de la Comisión y el paralelismo entre los correspondientes artículos del proyecto sobre la responsabilidad del Estado no parece ser útil para distinguir entre una participación en el proceso de adopción de decisiones de una organización con arreglo a sus normas pertinentes y las situaciones previstas en los proyectos de artículo. Es preciso aclarar las repercusiones que «el número de miembros» y «la naturaleza de la participación» pueden tener en este contexto.

3. Podría parecer que la distinción entre miembros y no miembros —o por lo menos en qué calidad actúan los Estados en cada situación— puede ser importante en las situaciones previstas en los proyectos de artículos 57 a 59. Los Estados miembros actúan dentro de las organizaciones internacionales y al mismo tiempo mantienen relaciones jurídicas externas con ellas. No parece que se hayan tenido debidamente en cuenta los diferentes niveles de relaciones entre una organización internacional y sus Estados miembros. Por ejemplo, los Estados miembros contribuyen financieramente a las actividades de las organizaciones no solo (o incluso cada vez menos) mediante sus contribuciones al presupuesto ordinario, sino también mediante sus contribuciones voluntarias de carácter presupuestario o extrapresupuestario. La responsabilidad en este tipo de relación se basa en la *lex specialis* de las normas aprobadas internamente y el derecho convencional general.

[1] Véase, por ejemplo, el dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, del Tribunal Europeo de Justicia, *Recopilación de Jurisprudencia 1993*, pág. I-01061.

Artículo 60. Responsabilidad de un Estado miembro que trate de eludir el cumplimiento de sus obligaciones

COMISIÓN EUROPEA

La Comisión Europea se remite al comentario del proyecto de artículo 16 *supra*. Parecen aceptables las mejoras realizadas en la redacción del presente proyecto de artículo en comparación con versiones anteriores. En cuanto a la cuestión de la «intención», el concepto de «tratar de eludir» el cumplimiento requiere la existencia de una intención, aun cuando esta pueda inferirse de las circunstancias, tal como se indica en el párrafo 7 del comentario.

Artículo 61. Responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización

COMISIÓN EUROPEA

1. La Comisión Europea considera que el texto del proyecto de artículo 61, apdo. *a*, debería ser el siguiente: «*a*) de conformidad con las reglas de la organización, ha aceptado la responsabilidad por ese hecho».

2. Parece dudoso que el concepto de «confianza», al que se hace referencia en el proyecto de artículo 61, párr. 1, apdo. *b*, sea un concepto viable. En el párrafo 9 del comentario no parece respaldarse esa norma en términos generales. Parece basarse en un único laudo arbitral, el de *Westland Helicopters*[1], que puede servir de apoyo a la norma, pero que parece haber sido dictado en circunstancias bastante excepcionales.

3. En general, la cuestión primordial que plantea ese proyecto de artículo 61 es la de la «permeabilidad» de las organizaciones internacionales respecto del derecho internacional. El texto de los proyectos de artículos y los comentarios, tal como están redactados, parecen indicar a los terceros Estados que existe una incertidumbre jurídica en lo tocante a dónde se encuentran concretamente los límites.

[1] *Westland Helicopters Ltd.* v. *Arab Organization for Industrialization and others*, laudo de 21 de julio de 1991, párr. 56, citado por Rosalyn Higgins en «The legal consequences for member States of non-fulfilment by international organizations of their obligations toward third parties: provisional report», en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 66-I (1995), págs. 393 y 394.

SEXTA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 63. Lex specialis

BANCO MUNDIAL

1. Con solo tener en cuenta: *a*) el carácter casi universal de las instituciones de Bretton Woods (el FMI y el BIRF) y, en cualquier caso, el hecho de que las instituciones financieras internacionales actúan por regla general dentro de sus países miembros; *b*) el gran alcance de las «reglas de la organización» de las instituciones financieras internacionales; y *c*) las disposiciones detalladas que figuran en sus acuerdos financieros acerca de las consecuencias dimanantes de la violación de obligaciones primarias, resulta evidente que las ocasiones para recurrir a las normas sobre la responsabilidad al margen de la ley especial son bastante escasas (cuando no inexistentes) en el contexto de las actividades de las instituciones financieras internacionales.

2. El proyecto de artículos contiene, en el proyecto de artículo 63, relativo a la *lex specialis*, lo que probablemente es una disposición clave. Aunque la redacción actual del proyecto de artículo 63 puede ciertamente mejorarse, tal como han sugerido en sus comentarios otras organizaciones internacionales, su papel crucial dentro del plan trazado en el proyecto de artículos resulta incuestionable.

Sobre esa base, el Banco Mundial se toma la libertad de alentar vivamente a la Comisión a que, cuando proceda a su segunda lectura, revise el proyecto de artículos y los correspondientes comentarios de manera tal que no quepa duda del carácter primordial de la *lex specialis* y del carácter residual de las normas generales sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

3. En el párrafo 6 del comentario del proyecto de artículo 63, la Comisión indica que el proyecto de artículo en cuestión

> [t]iene por objeto hacer que sea innecesario incluir en *muchos** de los artículos anteriores una cláusula como «sin perjuicio de normas especiales».

¿Por qué esta referencia a «muchos» de los artículos anteriores en lugar de una referencia a todos ellos, como no sea para conservar los efectos de las normas imperativas de *jus cogens*? En otras palabras, ¿qué otros proyectos de artículos sobre las normas generales, distintas de las de *jus cogens*, no están condicionados por la ley especial? Al Banco Mundial le resulta difícil imaginar que lo esté alguno.

4. En el párrafo 5 del comentario del proyecto de artículo 4, se lee que

> sería cuestionable afirmar que el derecho interno de la organización siempre prevalece sobre la obligación que según el derecho internacional incumbe a la organización respecto de un Estado miembro.

Una vez más, como el derecho interno de la organización es, por regla general, el elemento integrante más importante (cuando no el único) de la *lex specialis*, ¿ninguna norma especial prevalecerá sobre *todas* las obligaciones internacionales distintas de las dimanantes del *jus cogens*? El Banco Mundial no puede imaginar ninguna norma dispositiva (por contraposición a la imperativa) que constituya una excepción, precisamente porque, en relación con cualquier cuestión que no se rija por una norma imperativa, toda obligación general queda condicionada y reemplazada por la ley especial, lo que constituye el objetivo mismo de dicha ley. Por consiguiente, el Banco alienta a la Comisión a que revise la oración mencionada, lo que entraña suprimirla o condicionarla conservando el papel prevaleciente de la ley especial.

5. El Banco Mundial alienta a la Comisión a que, en su segunda lectura, se asegure de que la expresión «derecho internacional» (que no se define en el proyecto de artículos) se utilice con un significado uniforme en todo el texto y que, además, tenga debidamente en cuenta toda ley especial aplicable. Por ejemplo, ¿tienen las palabras «según el derecho internacional» un significado único e idéntico en el texto actual del proyecto de artículo 4, apdo. *a*, relativo a los elementos del hecho internacionalmente ilícito, y en el proyecto de artículo 5, párr. 1, relativo al comportamiento de un órgano o agente considerado como hecho de la organización? Y, de ser así, ¿se entiende que las palabras «derecho internacional» abarcan en ambos proyectos de artículos el derecho internacional general y toda ley especial aplicable?

Comisión Europea

1. Hay numerosas razones para considerar que la UE es una organización internacional diferente de otras organizaciones internacionales más tradicionales. Las características especiales de la UE son muchas y pueden resumirse de la manera siguiente:

— Los Estados miembros de la UE han transferido a esta competencias (y, por consiguiente, la facultad de adoptar decisiones) sobre diversos asuntos. La línea general que separa las competencias de los Estados miembros y las de la UE se encuentra en constante evolución de conformidad con las normas de los tratados constitutivos y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

— En muchos casos la UE puede actuar en su propio nombre en la esfera internacional. Puede pasar a ser miembro de una organización internacional cuando las disposiciones convencionales de esta última así lo permitan; puede concertar tratados bilaterales en su propio nombre con Estados no miembros de la UE y entidades no pertenecientes a ella; puede pasar a ser parte en acuerdos multilaterales en su propio nombre y por cuenta propia; y también puede ser parte en su propio nombre en acciones legales internacionales. En los casos en que la UE no puede ejercer su competencia en la esfera internacional por no estar facultada para ello «a nivel de beneficiario» (particularmente cuando los tratados y organizaciones internacionales no permiten que sean parte sujetos jurídicos internacionales distintos de los Estados), la UE tal vez tenga que seguir recurriendo a actuar a través de sus Estados miembros. No obstante, en tales casos los Estados miembros de la UE no actúan en su propio nombre, sino en nombre y en función de los intereses de la UE.

— El carácter especial de la UE como consecuencia de la transferencia de facultades produce repercusiones en la libertad que tienen sus Estados miembros a los efectos de actuar en el ámbito internacional; la UE actúa en gran medida a través de sus Estados miembros y no meramente a través de sus propios «órganos» y «agentes», como las organizaciones internacionales clásicas.

— Los Estados miembros de la UE y sus autoridades están obligados a cumplir las decisiones vinculantes y las políticas aprobadas por la UE con arreglo a sus reglas internas[1]. Ello exige normas especiales de atribución y responsabilidad en los casos en que los Estados miembros de la UE únicamente aplican de hecho una norma vinculante de la organización internacional. En otras palabras, la UE ejerce el control normativo de los Estados miembros, quienes actúan por consiguiente como agentes de la Unión y no por su propia cuenta cuando aplican el derecho de la Unión.

— En los ámbitos de competencia de la UE, solamente esta puede poner fin a las infracciones del derecho internacional que tengan su origen en las normas o prácticas de la UE: los Estados miembros pueden carecer de facultades para hacerlo a título individual.

---

[1] Véase el Tratado de la Unión Europea, art. 4, párr. 3, segundo y tercer apartados:

«Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.»

— La transferencia de facultades a la UE por parte de sus Estados miembros respecto de diferentes temas significa que la UE puede actuar en el ámbito internacional: *a*) en su propio nombre y con exclusión de sus Estados miembros; *b*) a través de sus Estados miembros; y *c*) en ocasiones junto con sus Estados miembros, cuando estos últimos mantienen competencias sobre temas junto con la UE (de manera transitoria o permanente).

— Las normas relativas a la transferencia de facultades figuran en los tratados constitutivos de la UE y en la jurisprudencia de su más alto tribunal, a saber, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La judicatura de la UE interpreta que ese conjunto de normas internas de la UE que rige las relaciones entre esta como organización y sus Estados miembros tiene un carácter constitucional y no constituye derecho internacional. En una serie de asuntos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido la opinión de que el derecho internacional puede impregnar el orden constitucional interno de la UE únicamente en las condiciones establecidas por esta última; y que ningún tratado internacional puede trastocar la distribución constitucional de facultades entre la UE y sus Estados miembros.

2. Aunque la UE tal vez sea actualmente la única organización que tiene todas las características especiales internas y externas descritas más arriba, tarde o temprano habrá otras organizaciones regionales que se encuentren en las mismas condiciones. En la medida en que el proyecto de artículos, aun teniendo en cuenta los comentarios, en la actualidad no se hace debidamente eco de la situación de las organizaciones de integración (económica) regional como la UE, parecería especialmente importante que el proyecto previese expresamente la hipótesis de que no todas sus disposiciones pueden aplicarse a las organizaciones de integración (económica) regional (*lex specialis*).

FIDA, OACI, OIM, OIT, OMC, OMI, OMM, OMPI, OMS, OMT, OTPCE, UIT y UNESCO

Es ambigua la interconexión entre el principio de la *lex specialis* y el papel asignado en el proyecto de artículos a las «reglas de la organización». Estas organizaciones pueden aceptar que un único texto abarque todas las cuestiones de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. No obstante, de ser así, debe prestarse especial atención al principio de especialidad, que es uno de los principales factores que diferencian la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales de la de los Estados. Por eso, estas organizaciones sugieren que, en las disposiciones introductorias del proyecto de artículos, se incluya una disposición en la que se especifique expresamente que la responsabilidad de las organizaciones internacionales se define por el principio de especialidad. A estas organizaciones les preocupa que, en el caso de que el proyecto de artículos siga la misma trayectoria que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado y su utilización quede exclusivamente a cargo de los gobiernos, los órganos judiciales y otros intérpretes, el hecho de basarse en gran medida en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado dé lugar a que no pueda hacerse cumplir en la práctica o a que las organizaciones internacionales sean consideradas cada vez más como Estados desde el punto de vista de su responsabilidad con arreglo al derecho internacional, lo que produciría consecuencias imprevisibles a largo plazo.

FMI

Aunque el FMI considera alentadora la inclusión del proyecto de artículo 63 en el proyecto de artículos y su reconocimiento de la importancia primordial de la *lex specialis*, cree que es necesario que quede mucho más claro cuál es el alcance de esa disposición y el modo en que condiciona a otras disposiciones. La propia exposición y el comentario conexo deberían redactarse de nuevo para dejar claro que, tal como se ha señalado más arriba, la responsabilidad de una organización internacional por los hechos realizados respecto de sus miembros quedará determinada en función de su instrumento constitutivo y las normas y decisiones que se adopten de conformidad con él, junto con las normas imperativas de derecho internacional y otras obligaciones que la organización haya contraído voluntariamente. La aclaración del alcance y las repercusiones del proyecto de artículo 63 será fundamental a los efectos de que la Comisión comience su segunda lectura del proyecto de artículos, y a este respecto el Fondo alienta firmemente a la Comisión a que aproveche la oportunidad para hacerlo.

Naciones Unidas

1. En su comentario del proyecto de artículo 63, la Comisión explica que normas especiales pueden completar o sustituir total o parcialmente a las normas generales establecidas en el proyecto de artículos[1]. La Comisión señala que el proyecto de artículo se basa en el artículo 55 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado y tiene por objeto hacer que sea innecesario incluir en muchos de los artículos del proyecto una cláusula como «sin perjuicio de normas especiales»[2]. Si bien el comentario se centra casi exclusivamente en la atribución a la CE del comportamiento de sus Estados miembros cuando ponen en práctica actos vinculantes de la Comunidad, apenas se discute cómo se puede aplicar a las organizaciones internacionales que no tienen carácter supranacional.

2. Los ejemplos más destacados de *lex specialis* en la práctica de las Naciones Unidas incluyen el principio de «necesidad operacional», que excluye la responsabilidad por pérdidas o daños materiales causados en el transcurso de las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz en las condiciones establecidas por el Secretario General, y que la Asamblea General hizo suyas[3] (véanse los comentarios del proyecto de artículo 24), y las limitaciones temporales y financieras aprobadas en la misma resolución por lesiones o daños causados en el transcurso de esas operaciones. En la resolución 52/247,

[1] Párr. 1.

[2] Párr. 6.

[3] En el párrafo 6 de la resolución 52/247, de 26 de junio de 1998, la Asamblea General hizo suya «la opinión del Secretario General de que no se contrae responsabilidad respecto de las reclamaciones interpuestas por terceros por daños causados por actos de miembros de las operaciones de mantenimiento de la paz que obedezcan a una «necesidad operacional», o que sean imputables a dichos actos, según se indica en el párrafo 14 del primer informe del Secretario General sobre la responsabilidad frente a terceros [(A/51/389)]».

de 26 de junio de 1998, sobre responsabilidad frente a terceros: limitaciones temporales y financieras, se establecen limitaciones temporales y financieras a la responsabilidad de las Naciones Unidas con respecto a las reclamaciones de terceros derivadas de las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y, como tal, la resolución prevalece sobre el deber de ofrecer una reparación íntegra conforme al proyecto de artículo 33. En la resolución se especifica, entre otras cosas, que las Naciones Unidas no pagarán «indemnización alguna por perjuicios no económicos» (párr. 10, apdo. *c*) y que el monto de la indemnización pagadera por lesión, enfermedad o muerte de cualquier persona, incluidos los gastos médicos y de rehabilitación, el lucro cesante, la pérdida de apoyo financiero, etc., no superará «la cuantía máxima de 50.000 dólares de los Estados Unidos» (párr. 9, apdo. *d*). Conforme al párrafo 12 de la resolución 52/247 de la Asamblea General, el Secretario General incluye sistemáticamente esas limitaciones a la responsabilidad en los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas celebrados entre las Naciones Unidas y los Estados en los que se despliegan las operaciones de mantenimiento de la paz.

3. La Secretaría apoya la inclusión del proyecto de artículo 63 sobre la *lex specialis*.

OCDE

1. Los instrumentos constitutivos y las normas y los procedimientos internos de las organizaciones internacionales son la fuente primaria de las obligaciones de las que dimana su responsabilidad y deben examinarse. El proyecto de artículo 63 es una disposición clave. Ciertamente el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales no debe aplicarse si las condiciones, el contenido o la materialización de la responsabilidad se rigen por «normas especiales de derecho internacional, incluidas las reglas de la organización que sean aplicables a las relaciones entre una organización internacional y sus miembros». La OCDE está de acuerdo con la opinión de que la legalidad de un hecho de una organización internacional y los mecanismos de responsabilidad deben determinarse primordialmente sobre la base de sus instrumentos constitutivos, sus normas internas y su procedimiento.

2. La responsabilidad de una organización internacional únicamente puede hacerse valer cuando un hecho constituye claramente una violación de sus instrumentos constitutivos, sus normas internas y sus procedimientos o cuando se ajusta a ellos pero constituye una violación de normas imperativas.

3. La Comisión, en su segunda lectura, debe revisar el proyecto de artículos y los correspondientes comentarios de manera tal que no quepa duda del carácter primordial de la *lex specialis* y del carácter residual de las normas generales sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Esta afirmación se ve corroborada por el hecho de que el propio objetivo de la ley especial es sustituir a las normas generales, salvo que el asunto que se ventile se rija por una norma imperativa.

4. Al aplicar el principio de la *lex specialis*, la OCDE apoya el papel de las organizaciones internacionales en el establecimiento de definiciones internas para ciertos términos. Observa en particular que en el proyecto de artículos falta una definición del término «órgano». No obstante, habida cuenta de la diversidad de organizaciones internacionales, la OCDE no propugna una definición genérica, sino que se considere que son las normas internas de cada organización internacional las que se aplican para definir lo que constituye un «órgano» de la organización.

OIT

1. Esta es una disposición clave del proyecto de artículos y la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de conferirle una mayor preeminencia dentro de la estructura general. Las actividades encaminadas a lograr el desarrollo progresivo del derecho internacional no deberían repercutir negativamente en el derecho vigente. El comportamiento de los Estados en diversas organizaciones internacionales varía con mucha frecuencia. De hecho, las normas de las organizaciones rara vez son idénticas y esto puede demostrar que los Estados no desean necesariamente tener un conjunto uniforme de normas aplicables a todas las organizaciones internacionales. Así pues, la tarea de establecer normas uniformemente aplicables para regular la cuestión de su responsabilidad resulta muy compleja, incluso con la salvedad del proyecto de artículo 63.

2. Aunque tienen cierto peso los argumentos de que la cuestión de la responsabilidad de un Estado no miembro podría haberse abordado mejor en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la relación entre los Estados miembros y la organización (incluidas las situaciones descritas en los proyectos de artículos 61 y 62) debería analizarse teniendo presente el sistema jurídico interno de cada organización, establecido por los instrumentos constitutivos y desarrollado por las normas internas y la práctica de la organización. Esas normas representan la *lex specialis* y la relación entre el Estado miembro y la organización internacional no debe estar supeditada a las normas generales del derecho internacional en lo que atañe a las cuestiones reguladas por las normas internas. Así pues, el alcance del proyecto de artículo 63 ha de entenderse de manera amplia y no solo como pertinente para la determinación de la responsabilidad de una organización internacional, sino también como anticipación de posibles normas de derecho internacional general sobre la responsabilidad con las que coexista, siguiendo el principio de *lex specialis derogat legi generali*. Con arreglo a esa argumentación, la Comisión tal vez desee reexaminar también el párrafo 2 del proyecto de artículo 8. La OIT ya ha formulado amplias observaciones sobre esa disposición en sus comentarios de 2006[1].

[1] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), pág. 145, documento A/CN.4/568 y Add.1.

OSCE

Dado que las organizaciones internacionales no poseen una competencia general y, por consiguiente, actúan con arreglo al principio de especialidad, es importante reconocer el hecho de que, en varios casos, las normas específicas de cada organización reemplazarían a las normas generales del proyecto de artículos. Por consiguiente, se propone que la Comisión considere la posibilidad de incluir el pertinente proyecto de artículo 63 (*Lex specialis*) en la primera

parte (Introducción) del proyecto de artículos, en calidad de un nuevo proyecto de artículo 3. Con la excepción de la existencia de una norma imperativa de derecho internacional general, el principio de la *lex specialis* es clave para resolver el posible conflicto que entraña calificar un hecho de una organización internacional como «ilícito o no» con arreglo al derecho internacional general frente al derecho interno de la organización internacional de que se trate.

OTAN

Por lo que respecta a las palabras «normas especiales de derecho internacional, incluidas las reglas de la organización que sean aplicables a las relaciones entre una organización internacional y sus miembros», cabe señalar que la norma interna fundamental que rige el funcionamiento de la organización —la adopción de decisiones por consenso— no figura en los tratados constitutivos de la OTAN ni en otras normas oficiales, sino que es el resultado de la práctica de la organización.

Artículo 66. Carta de las Naciones Unidas

NACIONES UNIDAS

1. En el párrafo 1 de su comentario del proyecto de artículo, la Comisión señala que la referencia a la Carta de las Naciones Unidas comprende no solamente las obligaciones establecidas en la Carta, sino también las emanadas de decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad, que prevalecen sobre otras obligaciones de derecho internacional en virtud del Artículo 103 de la Carta. Además, en el párrafo 3 de su comentario, la Comisión indica que

> [e]l presente artículo no prejuzga la aplicabilidad de los principios y normas enunciados en los artículos anteriores a la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas.

2. En el párrafo 3 del comentario no se aclara si lo que se pretende es excluir a las Naciones Unidas del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 66. Puesto que el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas afecta a la responsabilidad de la Organización de la misma forma que afecta a la responsabilidad de los Estados y otras organizaciones internacionales, la Secretaría sugiere que se revise la redacción del párrafo 3 del comentario para aclarar su intención o que se elimine.

3. Como instrumento constituyente de las Naciones Unidas, la Carta de las Naciones Unidas también integra las «reglas de la organización» en el sentido del proyecto de artículo 2, apdo. *b*. Sin embargo, a diferencia de otras organizaciones, que conforme al proyecto de artículo 31 no pueden invocar sus reglas como justificación del incumplimiento de las obligaciones internacionales que les incumben, las Naciones Unidas podrían invocar la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones del Consejo de Seguridad (en la medida en que reflejen una obligación de derecho internacional) para justificar lo que de otra forma podría considerarse un incumplimiento.

4. La Secretaría señala que, en su comentario del artículo 59 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión afirmó que

> los artículos no pueden afectar a la Carta de las Naciones Unidas y deben entenderse sin perjuicio de la misma. Los artículos deben interpretarse en todos los aspectos de conformidad con la Carta[1].

La Secretaría recomienda que se incluya la misma declaración en el presente contexto.

---

[1] *Anuario… 2001, vol.* II (segunda parte), pág. 153, párr. 2 del comentario al artículo 59.

EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/644

Nota sobre la recomendación que deberá presentarse a la Asamblea General respecto del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial

[Original: inglés]
[18 de mayo de 2011]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento		183
	Párrafos	
A. Recomendaciones que puede hacer la Comisión	1-5	183
B. El proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados	6	184
C. Análisis	7-16	184

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	Fuente
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, n.os 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.

A. Recomendaciones que puede hacer la Comisión

1. Las principales actividades de la Comisión de Derecho Internacional son, sin duda alguna, el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación[1]. Entre estas actividades figura la elaboración de proyectos de convenciones[2]. La elaboración de esas convenciones no es un objetivo inmutable, como se desprende del artículo 23 del Estatuto de la Comisión.

2. Según este artículo, la Comisión puede recomendar lo siguiente a la Asamblea General[3]:

— Que no adopte medida alguna, cuando el informe de la Comisión ya se haya publicado;

— Que tome nota del informe o lo apruebe mediante una resolución;

[1] Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, arts. 15 a 24.

[2] Ibíd., art. 15.

[3] Una exposición completa de la cuestión figura en *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 6.ª ed., Naciones Unidas, Nueva York, 2006, vol. I, págs. 67 y ss.

— Que recomiende el proyecto de artículos a los miembros para que lo negocien y concluyan una convención general;

— Que convoque una conferencia para elaborar una convención.

La diferencia entre las dos últimas posibilidades parece ser que, en el primer caso, la iniciativa la toman los Estados Miembros, mientras que en el segundo es de la incumbencia de la Organización.

3. Sin embargo, en la práctica se han formulado otras recomendaciones de carácter intermedio. En determinadas situaciones la Comisión se ha apartado, por lo menos parcialmente, del modelo de convenciones. Esto se ha hecho, por ejemplo, cuando la naturaleza del «producto» lo justificaba, como en el caso del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional[4], solicitado por la Asamblea General. En otros casos, la Comisión decidió que el resultado de su labor no tomaría la forma de una convención, por su limitado alcance o por otros motivos. Esto es lo que ocurrió con la segunda parte del proyecto de artículos sobre las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional[5], con los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas[6] y con las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional[7]. La Comisión pidió a la Asamblea General que «ratificase» esos instrumentos, o los señaló a su atención. Respecto del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados[8], la Comisión propuso «la aprobación, en forma de declaración», del proyecto de artículos[9].

4. En dos casos recientes, la Comisión ha formulado propuestas muy concretas y especiales. Respecto de la responsabilidad internacional de los Estados (2001), la Comisión recomendó a la Asamblea General que «tomase nota» de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[10], lo adjuntara a su resolución (56/83 de 12 de diciembre de 2001), y considerase la posibilidad de convocar una conferencia más adelante. En lo referente al proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos[11] (2009), la Comisión propuso lo siguiente: que la Asamblea tomara nota de este proyecto de artículos y lo adjuntara a su resolución; que lo recomendara a los Miembros «sin perjuicio» de su futura aprobación en forma de tratado o en cualquier otra forma adecuada; que alentase a los Miembros a celebrar tratados bilaterales o regionales, y que incluyera este tema en el programa de su próximo período de sesiones, para examinarlo y, en particular, debatir la forma que debería darse al proyecto de artículos[12].

5. Estas son novedades positivas. Si bien es cierto que la elaboración de convenciones para el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación es y debe seguir siendo uno de los principales objetivos de la actividad de la Comisión, no parece adecuado concentrarse en este ejercicio, por ejemplo, cuando la Comisión ha elaborado «directrices» o códigos de conducta, o sea textos de carácter consultivo, o cuando no ha preparado el texto en su integridad, como ocurrió con los principios sobre la fragmentación, y quizás también cuando, por una serie de circunstancias, no parece que los Estados estén muy dispuestos a adoptar una convención general sobre la cuestión. En esos casos, un intento fallido de celebrar un tratado de codificación podría causar un perjuicio considerable, mientras que un planteamiento más prudente —como el seguido por la Comisión con respecto a la responsabilidad internacional de los Estados— puede resultar mucho más eficaz.

B. El proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados

6. A juicio del Relator Especial, la mayor parte de los proyectos de artículos aprobados en segunda lectura[13] el 17 de mayo de 2011[14], tienen su origen o su justificación en normas pertenecientes a sectores afines del derecho internacional (derecho de los tratados; derecho relativo al uso de la fuerza). Esto hace pensar que muchas de las disposiciones del proyecto no deberían prestarse a controversia; sin embargo, esto no es así para el núcleo central del proyecto, es decir, los proyectos de artículos 1 a 7 y el anexo. A ello cabe añadir que, a diferencia de la resolución de 1985 del Instituto de Derecho Internacional sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[15], el texto presente se refiere a los *conflictos internos*, tema en gran parte no tratado que, más que la codificación del derecho internacional, precisa de su desarrollo progresivo.

C. Análisis

7. El tema de los efectos de los conflictos armados *internacionales* ha sido bastante explorado, por lo menos en parte, por profesionales o académicos. Si el tema se hubiera limitado a este aspecto, una codificación de las normas pertinentes quizás habría sido posible, aunque tal vez de escaso interés.

8. A esta observación, debe agregarse que el proyecto de artículos de la Comisión contiene un gran número de *prescripciones de procedimiento* y referencias a *normas de otros sectores del derecho internacional*, que parecen también ampliamente aceptadas y, por consiguiente, apuntarían a la celebración de un tratado. Puede sostenerse, además, que el proyecto de artículo 3, que dispone que la existencia de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación, junto con los criterios y las categorías indicadas en los artículos 4 a 7 y en el anexo, podrían ofrecer una base sólida para este instrumento convencional.

---

[4] *Anuario… 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 28, párr. 91.

[5] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 21, párr. 55.

[6] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 177, párr. 176.

[7] Ibíd., pág. 195, párr. 251.

[8] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 47.

[9] Ibíd., párr. 44.

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

[11] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 53.

[12] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 375.

[13] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 100.

[14] Ibíd., vol. I, 3089.ª sesión.

[15] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, sesión de Helsinki 1985, vol. 61, t. II, pág. 279.

9. Un tercer motivo para convocar una conferencia es la eterna búsqueda de estabilidad en el derecho internacional. Esto es especialmente aplicable a la relación entre los tratados y los conflictos armados, que proliferan en el momento presente. Otra indicación favorable a la conclusión de una convención general es que, en situaciones de conflicto armado, las principales víctimas son los espectadores inocentes, o sea los civiles. Para proteger a los civiles se adoptó el Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), y parece conveniente asegurar la supervivencia de los derechos que asisten a estas personas de resultas de los tratados celebrados por sus Estados, o el restablecimiento rápido de esos derechos cuando ha terminado el conflicto. Una convención general sería el mejor modo de alcanzar estos objetivos, porque permitiría preservar al máximo el *statu quo* de la época de paz, restablecer rápidamente este *statu quo* y proteger los derechos de los ciudadanos de Estados neutrales.

10. Sin embargo, hay quienes piensan que no debería preverse la celebración de una conferencia en un futuro inmediato.

11. Un primer argumento contra la celebración inmediata de una conferencia de codificación es que el proyecto de artículos de la Comisión no se limita a los efectos de los conflictos armados *internacionales*, sino que abarca también los conflictos *internos*. Si bien en el pasado pueden haberse registrado conflictos no internacionales de los que se derivaron algunas prácticas relativas a sus efectos en los tratados, establecer un conjunto de normas firme y coherente sobre esta cuestión podría ser difícil. Cualquier cosa que se haya dicho o hecho a este respecto tiene que verse corroborada por el desarrollo progresivo del derecho internacional. No parece probable que, en el momento presente, una gran mayoría de Estados estén dispuestos a aceptar la ampliación a los conflictos no internacionales de las normas existentes sobre los conflictos internacionales.

12. Los conflictos armados —internacionales o no— son causa de ansiedad e inquietud para los Estados participantes. Esos Estados pueden tener dificultades —excepto, posiblemente, en el ámbito del derecho internacional humanitario— para atenerse a normas jurídicas relativas al futuro de esos tratados, especialmente si se les pide que lo hagan *anticipadamente*.

13. En situaciones de conflicto interno, se plantea la cuestión de los efectos de esos conflictos en los tratados entre el Estado beligerante y un tercer país con el cual tenga obligaciones nacidas de un tratado. Estas situaciones son semejantes a las que se plantean cuando, por causa de imposibilidad temporal de cumplimiento o de un cambio fundamental en las circunstancias, los tratados se dan por terminados o se suspende su aplicación (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, arts. 61 y 62). Desde luego habrá situaciones en las que el Estado beligerante sea incapaz, por lo menos temporalmente, de cumplir alguna de sus obligaciones nacidas de un tratado *por causa del conflicto* (por ejemplo, el reconocimiento de derechos de aterrizaje en aeropuertos que han caído en poder de rebeldes). Pero, ¿estarán dispuestos los terceros Estados a aceptar, anticipadamente, normas que hagan más fácil la terminación o la suspensión de las obligaciones nacidas de un tratado a los Estados involucrados en un conflicto interno?

14. El ejemplo del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, demuestra que el «éxito» de un conjunto de proyectos de artículos no depende del intento de transformar de inmediato ese proyecto en un instrumento del derecho de los tratados. Es más, si un intento de este tipo fracasara —por falta de acuerdo en general, o por el número insuficiente de ratificaciones— ello podría desacreditar la labor de la Comisión al respecto. La autoridad de la labor de la Comisión quedará mermada si no se llega a un acuerdo porque las condiciones en que se trató de alcanzarlo eran inaceptables, deduciéndose de ello que la razón de que estas condiciones fueran inaceptables es que la Comisión no hizo su trabajo de manera adecuada. Esta no es la única razón, naturalmente, para oponerse a la celebración de una convención. Como se ha señalado ya (véase el párrafo 12 *supra*), los Estados pueden ser reacios a limitar su libertad de acción en épocas de conflictos, suscribiendo normas sobre la continuidad o la discontinuidad de sus derechos y obligaciones nacidos de un tratado.

15. Consciente de estos motivos, y de la necesidad de no obstaculizar la labor sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, el Relator Especial insta a la Comisión a que proceda con cautela, como hizo en el caso del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y a que pida a la Asamblea General de las Naciones Unidas que: *a*) tome nota del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, y lo adjunte a su resolución, y *b*) proponga la convocatoria de una conferencia diplomática más adelante.

16. Este planteamiento prudente permitiría a los Estados Miembros familiarizarse con las cuestiones examinadas y las normas propuestas y, sobre todo, convencerse de que la adopción de un conjunto de disposiciones convencionales sobre la cuestión examinada por la Comisión es necesaria y, al propio tiempo, responde a sus intereses. Además, la inexistencia actual de estas disposiciones no impediría a los agentes —los Estados y sus tribunales— aplicar desde ahora las normas elaboradas por la Comisión.

EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/645

Nota relativa al proyecto de artículo 5 y al anexo del proyecto de artículos, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial

[Original: francés]
[18 de mayo de 2011]

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
A.	Introducción	1-4	187
B.	Dificultades inherentes al contenido del anexo	5-9	188
C.	Camino a seguir	10-13	188

A. Introducción

1. En el 62.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 2010, el Comité de Redacción había dejado en suspenso la cuestión relativa a la lista de categorías de tratados cuya «materia» sugiere que el tratado muestra una probabilidad muy alta de aplicabilidad[1]. En la presente nota, el Relator Especial desea hacer algunas observaciones y sugerencias al respecto.

2. En cuanto a la suerte del actual proyecto de artículo 5 y el anexo del proyecto de artículos, se pueden contemplar varias soluciones. Una primera solución, propugnada inicialmente por el anterior Relator Especial, sería incorporar la lista al proyecto de artículos como artículo 7.2. También se podría colocar la lista con los comentarios respectivos al final del proyecto de artículos[2]. Así se hizo en la versión de 2008 del proyecto. Una tercera solución sería incorporar la lista, con los comentarios respectivos, al artículo 5. Una cuarta solución, por último, sería anexarla al artículo 5.

3. Indudablemente, las dos últimas soluciones son las más atractivas y ajustadas a la realidad. El Relator Especial se inclina a favor de la cuarta solución, como ya lo indicó en su primer informe[3], y su preferencia obedece a varias razones. Primero, hay una práctica relativamente importante en relación con el tema, circunstancia que, de por sí, justifica que se la tenga en cuenta de otro modo que simplemente en un anexo del proyecto de artículos. Segundo, anexar la lista al artículo 5 facilita la aplicación de esa disposición. Esta última hace hincapié en el criterio de la materia del tratado que puede implicar su continuidad, sin por ello establecer una presunción irrefutable; o, como se indica en el memorando de la Secretaría, la lista abarca las categorías de tratados que muestran «una probabilidad muy alta de aplicabilidad»[4]. Esta probabilidad exige, por otra parte, que se la matice, sobre todo debido a que, a veces, la materia del tratado no coincide con su título, lo que significa que puede haber tratados, que nominalmente pertenezcan a una de las categorías que figuran en la lista, pero que, en realidad, no formen parte de ella; es preferible, pues, decir que la lista es «indicativa». A veces, también, un tratado que reúne concretamente las condiciones para figurar en la lista contiene disposiciones que no guardan relación con la categoría correspondiente y que, por lo tanto, no se benefician de la probabilidad que la lista implica.

4. La solución que se acaba de preconizar es una solución de avenencia en relación con las demás posibilidades. Durante los debates en el plenario de la Comisión en 2010, esta solución parece haber recogido una mayoría sustancial, una razón más para preferirla, incluso si el contenido de la lista y/o los comentarios que la han acompañado requirieran ajustes. Una tercera razón es la mencionada por el actual Relator Especial en su primer informe, a saber, que esta solución entraña un grado de

[1] El efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina. Memorando de la Secretaría, *Anuario… 2005*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/550, párrs. 18 a 36.

[2] Tercer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Ian Brownlie, *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), pág. 57, documento A/CN.4/578.

[3] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/627, párrs. 52 a 70.

[4] Memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), resumen.

obligatoriedad superior a la solución consistente en incorporar la lista al comentario del artículo 5[5].

B. Dificultades inherentes al contenido del anexo

5. En el párrafo 3 *supra* se expone la dificultad que se puede derivar de que el título de un tratado no coincida —o no coincida totalmente— con su materia. Va de suyo que la caracterización del tratado, esto es, la operación que consiste en determinar si se puede subsumir en una u otra categoría, se debe efectuar en función de la materia real del tratado y sus cláusulas. Esa operación puede, por otra parte, poner de manifiesto que ciertas disposiciones convencionales entran en una u otra de las categorías de la lista, en tanto otras disposiciones no están comprendidas en ninguna de ellas. Esa diversidad se puede tener en cuenta, en cierta medida, mediante la divisibilidad de los tratados contemplada en el artículo 10 del proyecto de artículos.

6. Otra dificultad radica en que, junto con los conflictos armados internacionales, el proyecto aspira a regular los efectos de los conflictos internos sobre los tratados. Hay quienes critican esa ambición y estiman que no se hubiera debido incursionar en ese terreno o que habría que haberlo hecho de manera distinta. Sin embargo, se ha objetado, a ese respecto, que los problemas causados por los conflictos no internacionales, en la actualidad tienen más importancia que los derivados de los conflictos armados internacionales, y que sería lamentable que la Comisión no los tuviera en cuenta. Es cierto, sin embargo, como lo señala Graham, que «[e]l problema del efecto de una revolución [*sic*] en los tratados [...] no se ha debatido suficientemente [...] a ese respecto, sigue habiendo un vacío en el derecho internacional»[6]. Incluso si no hubiera un vacío jurídico, contrariamente a lo que afirma Graham, habría, en todo caso, una práctica exigua y difícil de determinar. Dicho esto, aunque no hay perjuicio en ampliar el ámbito de aplicación del proyecto a ese tipo de situaciones; debemos advertir que, al hacerlo, se introducirá en el proyecto de artículos un componente importante de desarrollo del derecho internacional, más que de codificación.

7. La cuestión de la aplicabilidad continua de los tratados se examina, a veces, sin prestar atención a la cuestión relativa a saber si lo que se ha planteado es realmente un conflicto armado, internacional o no internacional. Así ocurrió, por ejemplo, durante la suspensión de todos los tratados bilaterales por los Países Bajos con ocasión de la lucha civil en Suriname en 1982[7]. En el caso *Plates-formes pétrolières* la CIJ declaró que el Tratado de amistad, relaciones económicas y derechos consulares de 1955 entre los Estados Unidos y el Irán [República Islámica del] había continuado en vigor y podía servir de fundamento para su competencia[8], pero cabe preguntarse si había habido verdaderamente un conflicto armado entre ambos países. En el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ admitió la subsistencia del Tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos de América y la República de Nicaragua[9], y dicha subsistencia se había confirmado por el hecho de que los Estados Unidos seguidamente lo habían denunciado conforme al procedimiento previsto en el tratado[10]. Cabe, sin embargo, preguntarse si había habido verdaderamente un conflicto armado entre ambos Estados. En muchos casos, pues, habrá que preguntarse qué elemento ha hecho surgir el problema de la subsistencia de un acuerdo: si se ha tratado en verdad de un conflicto armado o si, por el contrario, ha habido otros motivos de terminación o suspensión (por ejemplo, la imposibilidad temporaria o definitiva de aplicación o un cambio fundamental en las circunstancias).

8. Otra dificultad, a tenor de la práctica y la doctrina clásicas, era esencialmente la de saber si un tratado (o las partes en un tratado) subsistía o caducaba automáticamente en caso de conflicto armado internacional. En la actualidad, la falta de continuidad de un tratado puede asumir dos formas: la derogación o la simple suspensión, una consecuencia mucho menos dramática del estallido de un conflicto armado que facilita el retorno al *statu quo* ante el fin del conflicto.

9. A estos problemas, en particular el de establecer el ámbito de aplicación preciso de la doctrina y la práctica existente y el de saber cómo conviene apreciar su valor, se añade la cuestión de la forma en que se han presentado estos elementos; se han sustentado en la doctrina y, en cuanto a la práctica, se han basado en la de los países de habla inglesa (los Estados Unidos y el Reino Unido). Los miembros de la Comisión criticaron esa presentación e invitaron al Relator Especial a que incluyera elementos suplementarios, en particular judiciales, y a que lo hiciera de modo que, en los comentarios de los artículos pertinentes, se eliminara el desequilibrio señalado.

C. Camino a seguir

10. En la redacción de los comentarios, el Relator Especial se acogerá a dicha invitación en la medida de lo posible, en particular relativizando el papel de la doctrina. Aunque esta última solo es (o debería ser) el reflejo, la sistematización y la síntesis de la práctica, muchas veces plasma principalmente las opiniones y preferencias personales de los autores. Con todo, no se puede hacer total abstracción de la doctrina, dado el papel que desempeña en el ámbito abarcado por el proyecto de artículos.

11. Con el concurso de la Secretaría y de algunos colegas, el Relator Especial procederá a realizar una

---

[5] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/627, párr. 64.

[6] A. M. Graham, «The Effects of Domestic Hostilities on Public and Private International Agreements: A Tentative Approach», *Western Law Review*, vol. 3 (1964), págs. 128 a 149.

[7] Memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), párr. 90.

[8] República Islámica del Irán *c.* Estados Unidos, fallo, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 166. El tratado, firmado en Teherán el 15 de agosto de 1955 se encuentra disponible en Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 284, n.º 4132, pág. 93. Véase también el memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), párrs. 70 y 71.

[9] Nicaragua *c.* Estados Unidos, competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, págs. 392 y 442; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 188. Véase asimismo el memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), párr. 72. Para el texto del tratado, firmado en Managua el 21 de enero de 1956, véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 367, n.º 5224, pág. 3.

[10] Nicaragua *c.* Estados Unidos, fondo fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, opinión disidente del magistrado Jennings, págs. 528, 538 y 539; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210. Véase también el memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), párr. 72.

investigación complementaria, centrada en particular a las decisiones de los tribunales nacionales, a fin de acentuar la orientación jurisprudencial del proyecto. Se ha de tener presente, con todo, que el memorando de la Secretaría, en particular, parece bastante completo, razón por la cual las críticas acerca de la insuficiencia de las remisiones a la práctica, en particular la jurisprudencial, acaso guardan más relación con la presentación del proyecto de artículos que con sus fundamentos. En esta etapa de los trabajos, el Relator Especial estima que las investigaciones complementarias que se emprendan no aportarán resultados extraordinarios. En todo caso, esos resultados se integrarán a los comentarios de los artículos a los que se refieran.

12. En cuanto a las diferentes categorías de tratados enumeradas en el anexo, el Relator Especial no desea modificar nada, como no sea para añadir, oportunamente, los tratados que establecen normas de *jus cogens*. En su primer informe, sin embargo, había rechazado esa idea y había aducido que las normas imperativas reproducidas en un tratado:

> subsisten en época de conflicto armado, al igual que las normas de *jus cogens* que no se reproducen en disposiciones convencionales, ya que de lo contrario no serían normas de *jus cogens*. Por tanto, no parece indispensable incluir esta categoría de tratados[11].

13. Sin duda, esta afirmación sigue siendo cierta: la mención propuesta no es indispensable. Con todo, bien puede elucidar un punto que merece ser examinado, a saber, que las normas de *jus cogens*, incorporadas a un tratado o consuetudinarias, resisten a todo, incluso los conflictos armados. Cabe precisar, sin embargo, que por regla general los tratados en cuestión contendrán, junto con normas imperativas, disposiciones que no necesariamente subsistirán.

[11] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/627, párr. 67.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/642

Séptimo informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial

[Original: francés]
[4 de mayo de 2011]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		191
Obras citadas en el presente informe		192
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-4	192
Capítulo		
I. PRINCIPALES NOVEDADES RECIENTES SOBRE EL TEMA	5-42	192
A. Algunas novedades en el plano nacional	6-19	192
1. Suiza: Aceptación por el pueblo y los cantones de la iniciativa popular de 15 de febrero de 2008 «Por la expulsión de los extranjeros delincuentes (Iniciativa sobre la expulsión)»	7-9	193
2. Francia: Proyecto de ley relativo a la inmigración, la integración y la nacionalidad	10-19	194
B. Fallo de la CIJ de 30 de noviembre de 2010 en el caso *Diallo*	20-42	195
1. Conformidad con la ley	22	196
2. Obligación de informar al extranjero detenido con miras a su expulsión de las razones de su detención	23-25	196
3. Obligación de informar del motivo de la expulsión	26-27	196
4. Prohibición de infligir malos tratos al extranjero objeto de expulsión	28	196
5. Obligación de informar sin demora a las autoridades consulares del Estado de origen del extranjero detenido con miras a su expulsión	29-32	197
6. Obligación de respetar el derecho de propiedad del extranjero objeto de expulsión	33-40	197
7. Constatación de responsabilidad y reparación	41-42	198
II. RECAPITULACIÓN REESTRUCTURADA DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS		199

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada de 2006 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea* C325, 29 de diciembre de 2006.

	Fuente
Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)	Ibíd., vol. 989, n.º 14458, pág. 221.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
Convenio europeo sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997)	Ibíd., vol. 2135, n.º 37248, pág. 213.

Obras citadas en el presente informe

Hayes, Debra y John Ransom

«Double punishment: An issue for probation», *Probation Journal*, vol. 39, n.º 4 (diciembre de 1992), págs. 181 a 184.

Montero-Pérez-de-Tudela, Esther

«“L’expulsion judiciaire des étrangers en Suisse: La récidive et autres facteurs liés à ce phénomène”», *Crimiscope*, vol. 41 (mayo de 2009).

Introducción

1. El tema de la expulsión de extranjeros suscitó importantes debates en la Sexta Comisión durante el sexagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General. En sus observaciones al respecto, los Estados rebasaron con frecuencia el marco delimitado por el informe sobre la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema en su 62.º período de sesiones, en 2010, y abordaron a menudo aspectos ya tratados por la CDI en sus anteriores períodos de sesiones. Así pues, en muchos aspectos se produjo un desfase entre las observaciones realizadas y el estado actual de la cuestión.

2. Esas observaciones, al igual que algunos comentarios recientes de ciertos Estados, han sido analizadas por la secretaría de la Comisión y comunicadas a los miembros de esta[1]. Al Relator Especial no le ha parecido oportuno reproducirlas en este informe. En cambio, sí parece útil ofrecer un panorama de las novedades más importantes sobre el tema desde la conclusión de la labor de la Comisión en su 62.º período de sesiones, a fin de determinar si esas novedades confirman los análisis presentados en los anteriores informes del Relator Especial sobre el tema y las posiciones adoptadas por la Comisión al respecto o si, por el contrario, ponen de manifiesto otras tendencias o una práctica nueva.

3. Por otro lado, habida cuenta del número significativo de informes y de proyectos de artículos que el Relator Especial ya ha presentado sobre este tema y de las diversas propuestas de proyectos de artículos nuevos o modificados que ha realizado durante los debates de la Comisión sobre sus distintos informes, y habida cuenta de que el Comité de Redacción sobre este tema aún no ha elaborado su informe dirigido al pleno de la Comisión, al Relator Especial le ha parecido necesario reestructurar todos los proyectos de artículos que ha propuesto hasta la fecha y que ya han sido debatidos por la Comisión, o que todavía no lo han sido, a fin de facilitar la continuación de sus trabajos. Es obvio que esta propuesta de reestructuración se hace sin perjuicio de la labor ya realizada en el Comité de Redacción.

4. Por tanto, el presente informe tiene por objeto, por una parte, presentar las principales novedades recientes sobre el tema (cap. I) y, por otra, ofrecer una recapitulación reestructurada de todos los proyectos de artículos (cap. II).

[1] Véase, por una parte, el resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo quinto período de sesiones (A/CN.4/638) y, por otra parte, las observaciones de los gobiernos reproducidas en *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/628 y Add.1.

Capítulo I

Principales novedades recientes sobre el tema

5. La cuestión de la expulsión de los extranjeros ha animado la vida política de algunos países desde el último período de sesiones de la Comisión, en particular en Europa, lo que pone de relieve el carácter actual y delicado del tema. No obstante, la novedad que presenta mayor interés es el fallo de la CIJ de 30 de noviembre de 2010 en el caso *Diallo*[2], ya que aborda diversos aspectos del tema examinado.

A. Algunas novedades en el plano nacional

6. La cuestión de la expulsión de extranjeros ha estado marcada, en el período comprendido entre los períodos de sesiones 62.º y 63.º de la Comisión (2010 y 2011), por la aceptación en Suiza, por el pueblo y los cantones, de la iniciativa popular «Por la expulsión de los extranjeros delincuentes (Iniciativa sobre la expulsión)», por un lado, y por el examen en Francia por el Parlamento del proyecto de ley relativo a la inmigración, la integración y la nacionalidad, por otro.

[2] *Ahmadou Sadio Diallo (*República de Guinea *c.* República Democrática del Congo), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 639.

1. Suiza: Aceptación por el pueblo y los cantones de la iniciativa popular de 15 de febrero de 2008 «Por la expulsión de los extranjeros delincuentes (Iniciativa sobre la expulsión)»

7. Esta iniciativa, cuyo objetivo era modificar la Constitución de Suiza, fue aceptada por el pueblo y los cantones en la votación del 28 de noviembre de 2010[3]. El nuevo texto constitucional prevé la retirada automática, por las autoridades administrativas competentes, del derecho de residencia y la expulsión del territorio suizo de los extranjeros condenados mediante sentencia firme por homicidio, violación, delito sexual grave o actos violentos de otra naturaleza tales como el bandidaje, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas o la efracción, así como de los extranjeros que se hayan beneficiado indebidamente de prestaciones de los seguros sociales o de la ayuda social. Dicha medida de expulsión va acompañada de una prohibición de entrada al territorio suizo de entre 5 y 15 años, o de 20 años en caso de reincidencia. Aunque esta modificación constitucional entró en vigor el 28 de noviembre de 2010, día de su aceptación por el pueblo y los cantones, una disposición transitoria de la Constitución fijó un plazo de cinco años para que el legislador definiera y completara los hechos constitutivos de las infracciones en cuestión y aprobara las disposiciones penales relativas a la entrada ilegal al territorio suizo[4]. La Consejera Federal a cargo del Departamento Federal de Justicia y Policía creó, entretanto, un grupo de trabajo integrado por miembros del comité de iniciativa y por representantes de las autoridades competentes de la Confederación y los cantones para aclarar las cuestiones pendientes y elaborar un proyecto de aplicación que el Departamento presentaría al Consejo Federal, con el fin de lograr una propuesta de solución sobre la aplicación de la iniciativa que sea conforme con la Constitución y con el derecho internacional vinculante para Suiza. El grupo de trabajo se reunió por primera vez el 26 de enero de 2011 y debía presentar, a más tardar en junio de 2011, un informe con propuestas. No obstante, correspondería al Parlamento suizo, en última instancia, decidir de qué manera se plasmaría en la ley el texto de la iniciativa.

8. Cabe destacar que la nueva disposición constitucional tiene por objeto limitar el margen de apreciación de que disponen en la actualidad las autoridades administrativas competentes introduciendo un elemento de automaticidad tanto en la retirada del permiso de residencia del extranjero objeto de una condena penal por las infracciones en cuestión como en la expulsión que resulta de dicha retirada. Cabe recordar, a este respecto, que esa automaticidad tampoco existía respecto de la pena accesoria de expulsión que podía imponer el propio juez penal en virtud del artículo 55 del antiguo Código Penal, disposición que fue eliminada posteriormente del nuevo Código Penal que entró en vigor el 1 de enero de 2007. Según esa disposición, todo extranjero condenado a reclusión o prisión podía ser expulsado por un período de entre 3 y 15 años, expulsión que podía imponerse de por vida en caso de reincidencia; el alcance de esa disposición era, por tanto, particularmente amplio, en la medida en que se refería a cualquier pena privativa de libertad, con independencia de su duración. Por ese motivo, como se ha señalado, la gran mayoría de la población reclusa era objeto de una decisión de expulsión[5]. Sin embargo, el juez penal solo podía imponer la expulsión tras un examen caso por caso. En efecto, la jurisprudencia ya había delimitado el marco jurídico de la expulsión al indicar que esta debía ser proporcionada a la duración de la pena principal y que era preciso realizar un examen específico de la situación del interesado. Además, la decisión de expulsión debía contener una motivación adecuada y el juez debía dar muestras de cierta contención, en particular si el condenado vivía desde hacía tiempo en Suiza, si tenía familia en el país y si no había conservado vínculos estrechos con su país de origen.

9. La modificación constitucional de 28 de noviembre de 2010 supone, por tanto, un retroceso, incluso respecto del antiguo régimen jurídico, que ya había sido criticado por crear una «doble pena»[6] al asociar a la pena principal de prisión la «pena» accesoria de expulsión, a veces incluso más difícil de soportar que la pena principal. El Relator Especial desconoce si en algún otro país existe esta norma de expulsión automática del extranjero delincuente. Cabe preguntarse no obstante si, al agravar de esa manera la «doble pena», dicha ley no vulnera algunos principios del derecho internacional, como el principio de no discriminación por motivos de origen o nacionalidad o el principio de igualdad, en particular ante la ley penal, establecido tanto en el derecho interno como en el derecho internacional.

[3] Véase el Decreto del Consejo Federal, de 17 de marzo de 2011, por el que se constata el resultado de la votación popular de 28 de noviembre de 2010, FF 2011 2593. La iniciativa fue aceptada por 1.397.923 votos a favor y 1.243.942 en contra, y por 15 5/2 cantones a favor y 5 1/2 en contra.

[4] El texto aprobado tiene el siguiente tenor:

«Art. 121 […]

3. Serán privados (los extranjeros) de su permiso de residencia, con independencia de su situación, y de todos sus derechos a residir en Suiza:

a. si han sido condenados mediante sentencia firme por homicidio, violación u otro delito sexual grave o por actos violentos de otra naturaleza tales como el bandidaje, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas o la efracción; o

b. si se han beneficiado indebidamente de prestaciones de los seguros sociales o de la ayuda social.

4. El legislador precisará los hechos constitutivos de las infracciones contempladas en el párrafo 3. Podrá completarlos con otros hechos constitutivos.

5. Los extranjeros que, en virtud de los párrafos 3 y 4, se vean privados de su permiso de residencia y de todos sus derechos a residir en Suiza deberán ser expulsados del país por las autoridades competentes y se les prohibirá entrar al territorio por un período de entre 5 y 15 años. En caso de reincidencia, la prohibición de entrar al territorio será de 20 años.

6. Los extranjeros que incumplan la prohibición de entrar al territorio o que entren ilegalmente en él por cualquier medio podrán ser sancionados. El legislador establecerá las disposiciones correspondientes.

[...]

Art. 197 […]

8. Disposición transitoria al art. 121 (Residencia y establecimiento de los extranjeros)

En el plazo de cinco años desde la aceptación por el pueblo y los cantones del artículo 121, párrafos 3 a 6, el legislador definirá los hechos constitutivos de las infracciones contempladas en el artículo 121, párrafo 3, los completará y aprobará las disposiciones penales relativas a la entrada ilegal al territorio contemplada en el artículo 121, párrafo 6.»

[5] Véase Montero-Pérez-de-Tudela, «L'expulsion judiciaire des étrangers en Suisse: La récidive et autres facteurs liés à ce phénomène».

[6] Véase Hayes y Ransom, «Double punishment: An issue for probation».

2. Francia: Proyecto de ley relativo a la inmigración, la integración y la nacionalidad

10. El 30 de julio de 2010 en Grenoble, en el contexto emotivo de la toma de posesión del nuevo prefecto del Departamento de Isère nombrado a raíz de los graves actos violentos ocurridos durante julio de 2010 en un barrio popular de la ciudad y que habían provocado víctimas entre los policías, el Presidente de Francia, Nicolas Sarkozy, declaró lo siguiente:

> Vamos a reevaluar los motivos que pueden dar lugar a la privación de la nacionalidad francesa. Asumo mis responsabilidades en este ámbito. Se debe poder retirar la nacionalidad a la persona de origen extranjero que haya atentado voluntariamente contra la vida de un funcionario de policía, de un militar de la gendarmería o de cualquier otra persona investida de poder público. Hay que ser merecedor de la nacionalidad francesa y hay que saber mostrarse digno de ella. Cuando se dispara contra un agente de las fuerzas del orden ya no se es digno de ser francés[7].

11. Sobre la base de esta declaración se elaboró el proyecto de ley antes citado. Aunque dicho proyecto de ley no se refiera, en sí mismo, a la expulsión de los extranjeros, reviste un interés innegable al respecto, en la medida en que la privación de la nacionalidad no puede tener más objetivo que el de hacer posible la expulsión de la persona en cuestión. El artículo 3 del proyecto de ley regula la «posibilidad de privar de la nacionalidad francesa a los autores de homicidio o de actos violentos voluntarios que hayan causado la muerte involuntaria de personas investidas de poder público». En el derecho francés, la privación de la nacionalidad es un caso específico de pérdida de la nacionalidad, definida en los artículos 25 y 25-1 del Código civil. Se distingue por la gravedad de los motivos que pueden justificarla y por la gravedad de sus efectos. Es una medida similar a una sanción administrativa por indignidad o falta de lealtad hacia Francia y simétrica a la prohibición de adquirir o recuperar la nacionalidad francesa que se aplica a los extranjeros condenados por un crimen o delito que constituya un atentado contra los intereses fundamentales de la nación o un acto de terrorismo[8].

12. Como subraya el senador François-Noël Buffet en su informe sobre el proyecto de ley, la privación de la nacionalidad solo puede aplicarse a los franceses de origen extranjero que han adquirido la nacionalidad francesa, es decir, a quienes se han hecho franceses, como los extranjeros naturalizados o las personas que, habiendo nacido en Francia y habiendo residido en el país suficiente tiempo, se hicieron franceses cuando alcanzaron la mayoría de edad; no puede aplicarse a los franceses de origen, a quienes se ha atribuido automáticamente esa nacionalidad, es decir, a quienes nacieron franceses[9]. Ahora bien, en principio no se puede establecer ninguna distinción entre los franceses según su origen o según el modo en que hayan adquirido esa condición. En efecto, el artículo 22 del Código Civil establece que «[l]a persona que hubiere adquirido la nacionalidad francesa goza de todos los derechos y responde de todas las obligaciones que conlleva la calidad de francés a partir del día de la adquisición». Por otra parte, según el artículo 1 de la Constitución, «[Francia] garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión».

13. Así pues, según el senador Buffet, el procedimiento de privación de la nacionalidad afecta a dos principios constitucionales: el principio de igualdad, ya que se dispensa un trato distinto a los franceses dependiendo de que hayan adquirido esa nacionalidad o de que se les haya atribuido a su nacimiento, y el principio de necesidad de la pena, ya que la privación de la nacionalidad se interpreta como una sanción administrativa[10]. Solo se han podido introducir excepciones a esos principios en el caso de la lucha contra el terrorismo; los demás casos de privación de la nacionalidad se refieren, por una parte, a las condenas en Francia o en el extranjero por un acto que las leyes francesas tipifican como crimen y por el que se ha impuesto una pena de cinco años de prisión como mínimo[11] y, por otra parte, a las condenas por un acto tipificado como crimen o delito contra la seguridad interior o exterior del Estado[12].

14. Por lo que respecta al principio de igualdad, el Consejo Constitucional ha considerado que, si bien

> a la luz del derecho en materia de nacionalidad las personas que han adquirido la nacionalidad francesa y aquellas a las que se ha atribuido dicha nacionalidad a su nacimiento se encuentran en la misma situación [...], el legislador puede, habida cuenta del objetivo de reforzar la lucha contra el terrorismo, establecer la posibilidad, durante un período de tiempo limitado, de que la autoridad administrativa prive de la nacionalidad francesa a quienes la han adquirido, sin que la diferencia de trato que resulta de ello viole el principio de igualdad[13].

Así, el Consejo Constitucional confirmó el principio según el cual los franceses no pueden ser discriminados en función del modo en que hayan adquirido esa nacionalidad, e indicó que solo se podía incumplir ese principio con dos condiciones: que haya un interés general suficiente que así lo justifique y que el período de tiempo durante el cual se puede privar de su nacionalidad a una persona que se haya hecho francesa sea limitado. En cuanto al principio de necesidad de la pena, el Consejo Constitucional subrayó que, «habida cuenta de la especial gravedad que, por su naturaleza, revisten los actos de terrorismo, el establecimiento de esta sanción no incumple las exigencias del artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano»[14] sobre la necesidad de las penas, lo cual limita los motivos que pueden justificar la privación de

---

[7] Citado por Cyriel Martin, www.lepoint.fr, 30 de julio de 2010, «Violences urbaines: La déchéance de la nationalité française, nouvelle arme sécuritaire de Sarkozy».

[8] Véase el artículo 21-27 del Código Civil y el informe de François-Noël Buffet en nombre de la Comisión de Leyes del Senado, 19 de enero de 2011: «Immigration, intégration et nationalité», Senado, sesión ordinaria de 2010-2011, n.º 239.

[9] Ibíd.

[10] En efecto, las exigencias constitucionales relativas al procedimiento penal no solo se aplican a las penas impuestas por los tribunales penales, sino también a cualquier sanción que tenga el carácter de un castigo, aun cuando el legislador haya permitido que la imponga una autoridad no judicial (Consejo Constitucional, decisión N.º 88-248 DC, 17 de enero de 1989, considerandos 35 a 42, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, pág. 18).

[11] Ha habido 14 casos de privación de nacionalidad de ese tipo entre 1973 y 2010, más precisamente entre 1989 y 1998, véase Senado (nota 8 *supra*).

[12] Ha habido siete casos de privación de nacionalidad de ese tipo entre 1973 y 2010, más precisamente entre 1999 y 2010, véase Senado (nota 8 *supra*).

[13] Decisión N.º 96-377, 16 de julio de 1996, considerando 23, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, pág. 87.

[14] Ibíd.

la nacionalidad a los comportamientos más graves o que menoscaban en mayor medida la lealtad hacia la nación que cabe esperar de los ciudadanos franceses.

15. El senador Buffet sostiene que, por otra parte, estas exigencias constitucionales se ven reforzadas y completadas por ciertos compromisos internacionales de Francia. Si bien el Convenio europeo de derechos humanos no establece en principio ningún obstáculo a este respecto[15], no ocurre lo mismo con el Convenio europeo sobre la nacionalidad. Es cierto que este Convenio no es aplicable a Francia, que lo ha firmado pero aún no lo ha ratificado. Es más, el Gobierno de Francia indicó, en respuesta al informe sobre Francia de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia publicado el 15 de junio de 2010, que por el momento no estaba prevista la ratificación de ese Convenio[16]. No obstante, si se decidiera mantener abierta la posibilidad de que Francia llevara a cabo esa ratificación, cabría recordar que, si bien el artículo 7, párr. 1, apdo. *d*, del Convenio no se opone a la existencia de un procedimiento de privación de la nacionalidad cuando se pretenda sancionar una conducta «gravemente perjudicial para los intereses esenciales del Estado parte», el informe explicativo de dicho Convenio precisa, no obstante, que esta expresión, tomada del artículo 8 de la Convención para reducir los casos de apatridia, «comprende, en particular, la traición y otras actividades realizadas contra los intereses esenciales del Estado en cuestión (por ejemplo, trabajar para servicios secretos extranjeros), pero no comprende las infracciones penales de carácter general, cualquiera que pueda ser su gravedad»[17].

16. Según el razonamiento del senador Buffet, el derecho europeo constituye otra limitación de carácter internacional. Aunque el derecho de la nacionalidad no forme parte, en principio, del ámbito de competencia de la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a una cuestión prejudicial presentada por un tribunal alemán, señaló que si bien el derecho de la Unión, en particular el artículo 17 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, «no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando esta se ha obtenido de modo fraudulento», debe hacerse con la «condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad»[18]. El Tribunal de Justicia justifica la competencia de la UE en esta materia por el hecho de que, al conceder la nacionalidad al interesado, el Estado en cuestión le confiere la condición de ciudadano de la Unión que se reconoce a todos sus nacionales y, al revocar dicha nacionalidad, lo priva de ese estatuto definido en el artículo 17 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Esa decisión revocatoria debe, en consecuencia, respetar los principios del derecho europeo y,

> al examinar una decisión por la que se revoca la naturalización, es preciso tomar en consideración las eventuales consecuencias que esta decisión acarrea para el interesado y, en su caso, para los miembros de su familia en lo que atañe a la pérdida de los derechos de que goza todo ciudadano de la Unión. A este respecto, debe comprobarse, en particular, si esta pérdida está justificada en relación con la gravedad de la infracción cometida por el afectado, con el tiempo transcurrido entre la decisión de naturalización y la decisión revocatoria, así como con la posibilidad de que el interesado recupere su nacionalidad de origen[19].

17. En definitiva, como resumió el relator de la Comisión de Leyes del Senado, estas

> distintas jurisprudencias obligan a que el procedimiento de privación de la nacionalidad respete tres exigencias:
>
> — La sanción de los hechos que se imputan al interesado debe responder a un interés general suficiente y estar sujeta a límites temporales;
>
> — Debe respetar el principio de necesidad de las penas;
>
> — Debe ser proporcional a la gravedad de los hechos cometidos[20].

18. No puede decirse que el homicidio o la comisión de actos violentos voluntarios que hayan causado la muerte involuntaria de personas investidas de poder público menoscaben los intereses fundamentales (o «esenciales») de Francia hasta el punto de justificar una excepción al principio de igualdad garantizado tanto por la Constitución como por los instrumentos jurídicos internacionales en que Francia es parte. Asimismo, en relación con el principio de necesidad de la pena, nada justifica que la sanción consistente en la privación de la nacionalidad, impuesta exclusivamente a efectos de la expulsión, sea más adecuada que las sanciones penales que se prevén normalmente para castigar este tipo de infracciones.

19. Habida cuenta del análisis que precede, el Senado obró correctamente al rechazar, el 3 de febrero de 2011, la ampliación de la privación de la nacionalidad francesa a los ciudadanos que llevaran naturalizados menos de diez años y que hubieran causado la muerte de una persona investida de poder público.

B. Fallo de la CIJ de 30 de noviembre de 2010 en el caso *Diallo*

20. El fallo emitido el 30 de noviembre de 2010 por la CIJ en el caso *Diallo*, que opuso a la República de Guinea contra la República Democrática del Congo, hará historia, no solo por su calidad jurídica, que es notable aunque el fallo sea cuestionable en uno de sus aspectos más importantes, sino sobre todo porque es la primera decisión de la Corte sobre la cuestión de la expulsión de extranjeros. El interés que reviste dicho fallo para este tema que la Comisión está examinando desde el comienzo del presente quinquenio es evidente, ya que aborda no menos de siete cuestiones jurídicas que suscita la expulsión de los extranjeros, a saber: el concepto de conformidad con la ley; la obligación de informar al extranjero detenido con miras a su expulsión de las razones de su detención; la obligación de notificar al extranjero objeto de expulsión de los motivos de esta; la prohibición de infligir malos tratos al extranjero detenido con miras a su expulsión; la obligación de que las autoridades competentes del Estado de residencia informen sin demora a las autoridades consulares del Estado de origen

[15] Véase Consejo de Estado, sentencia n.º 301145, 26 de septiembre de 2007, *Actualité juridique du droit administratif*, 2007, pág. 1845; sentencia N.º 251299, 18 de junio de 2003, ibíd., 2003, pág. 2110.

[16] Véase Senado (nota 8 *supra*), pág. 58.

[17] Informe explicativo, párr. 67.

[18] Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), asunto C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, sentencia de 2 de marzo de 2010, *Recopilación de la Jurisprudencia 2010*, pág. I-01449, esp. párr. 59.

[19] Ibíd., párr. 56.

[20] Véase Senado (nota 8 *supra*), párrs. 59 y 60.

de la detención de su nacional; el derecho de propiedad del extranjero objeto de expulsión; y la constatación de la responsabilidad del Estado autor de la expulsión y la reparación por este último.

21. Todas estas cuestiones ya han sido tratadas en los diversos informes del Relator Especial. A la luz de su fallo, la CIJ parece confirmar los análisis realizados sobre esas cuestiones durante el examen de este tema en la Comisión.

1. Conformidad con la ley[21]

22. Guinea invocó a este respecto una violación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 12, párr. 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En ese contexto, la CIJ declara lo siguiente:

> De los propios términos de las dos disposiciones citadas se desprende que la expulsión de un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en esos instrumentos solo puede ser compatible con las obligaciones internacionales de ese Estado si se adopta conforme a «la ley», es decir, al derecho nacional aplicable en la materia. En este caso, el respeto del derecho interno condiciona, en cierta medida, el respeto del derecho internacional[22].

2. Obligación de informar al extranjero detenido con miras a su expulsión de las razones de su detención[23]

23. A este respecto, Guinea alegó que en las ocasiones en que se había detenido al Sr. Diallo, en particular en 1995 y 1996, este no había sido informado de las razones de esas detenciones ni se le habían notificado las acusaciones formuladas contra él. Estos incumplimientos constituían, en su opinión, una violación del artículo 9, párr. 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

24. La CIJ recuerda, con carácter general, que esta obligación de informar se desprende de las disposiciones del artículo 9, párrs. 1 y 2, del Pacto y del artículo 6 de la Carta Africana, que

> se aplican en principio a toda forma de detención o reclusión decidida y ejecutada por una autoridad pública, con independencia de su base jurídica y de la finalidad que persiga [...]. En consecuencia, el ámbito de aplicación de esas disposiciones no se limita a los procedimientos penales; también se aplican, en principio, a las medidas privativas de libertad adoptadas en el marco de un procedimiento administrativo, como las que pueden resultar necesarias para ejecutar una medida de expulsión por la fuerza de un extranjero del territorio nacional. En este último caso, poco importa que el derecho interno califique la medida en cuestión de «expulsión» o de «devolución»[24].

25. En definitiva, la República Democrática del Congo incumplió su obligación de informar al Sr. Diallo de la decisión relativa a su expulsión. Peor aún, el día en que el Sr. Diallo fue efectivamente expulsado, «se lo informó erróneamente de que era "expulsado" debido a su "situación irregular"», lo cual confirma que «en este caso no se respetó la exigencia de información prevista en el artículo 9, párrafo 2, del Pacto»[25].

3. Obligación de informar del motivo de la expulsión[26]

26. Si bien la CIJ estima que una medida de «detención o reclusión que tenga por objeto ejecutar una decisión de expulsión adoptada por la autoridad competente no puede calificarse de "arbitraria" en el sentido de las disposiciones [pertinentes del Pacto y de la Carta Africana]»[27], señala que se ve obligada a

> constatar que no solo el propio decreto de expulsión no estaba motivado de manera suficientemente precisa, [...] sino que la República Democrática del Congo nunca estuvo en condiciones, a lo largo de todo el procedimiento, de ofrecer motivos que pudieran servir de fundamento convincente para la expulsión del Sr. Diallo. [...] En estas circunstancias, la detención y reclusión con miras a permitir la ejecución de esa medida de expulsión, que no tiene ningún fundamento defendible, solo pueden calificarse de arbitrarias en el sentido del artículo 9, párrafo 1, del Pacto y del artículo 6 de la Carta Africana[28].

27. Tras reconocer que Guinea tenía razón al «sostener que se ha vulnerado el derecho del Sr. Diallo a ser «informado, en el momento de su detención, de las razones de la misma (derecho que está garantizado en todos los casos, con independencia del motivo de la detención)»[29], la CIJ añade lo siguiente:

> La República Democrática del Congo no ha presentado ningún documento ni ningún otro elemento de prueba que permita demostrar que el decreto de expulsión se notificó al Sr. Diallo en el momento de su detención el 5 de noviembre de 1995, ni que este fuera informado de algún modo, en ese momento, de la razón de su detención. Aunque el decreto de expulsión en sí no tuviera una motivación precisa, como ya se ha señalado (véase el párrafo. 72), la notificación de ese decreto en el momento de la detención del Sr. Diallo habría constituido una información suficiente, a efectos del artículo 9, párrafo 2, antes citado, de las razones de dicha detención, ya que habría indicado al interesado que estaba siendo detenido con miras a un procedimiento de expulsión y le habría permitido, en su caso, entablar los procedimientos adecuados para impugnar la legalidad del decreto. Sin embargo, no se le proporcionó ninguna información de ese tipo; la República Democrática del Congo, que debería estar en condiciones de demostrar la fecha de notificación del decreto al Sr. Diallo, no ha presentado ninguna prueba a tal efecto[30].

4. Prohibición de infligir malos tratos al extranjero objeto de expulsión[31]

28. Guinea sostuvo que se había violado la prohibición de infligir malos tratos a toda persona privada de su libertad y, a ese respecto, invocó las disposiciones de los artículos 7 y 10, párr. 1, del Pacto Internacional

---

[21] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 55 a 64.

[22] *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 663, párr. 65. En relación con dos aspectos importantes relativos a las garantías procesales que el derecho congoleño otorga a los extranjeros y que tienen por objeto proteger a los interesados de los riesgos de arbitrariedad, la CIJ consideró que la expulsión del Sr. Diallo no se había adoptado «conforme a la ley» (ibíd., pág. 666, párr. 73).

[23] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 69 a 80.

[24] *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 668, párr. 77. La CIJ hace referencia en este punto, por lo que respecta al Pacto, a la Observación general n.º 8 del Comité de Derechos Humanos, de 30 de junio de 1982, relativa al derecho a la libertad y a la seguridad personales (Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones Suplemento n.º 40* (A/37/40), anexo V).

[25] Ibíd., pág. 670, párr. 85.

[26] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 73 a 210.

[27] *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 669, párr. 81.

[28] Ibíd., párr. 82.

[29] Ibíd., pág. 670, párr. 84.

[30] Ibíd.

[31] Véase *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611, párrs. 101 a 120.

de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Sin dar la razón a esta parte en el litigio por no haber «demostrado de manera suficientemente convincente que el Sr. Diallo había sufrido tratos de esa naturaleza durante su detención»[32], la CIJ afirma que es cierto que «la prohibición de tratos inhumanos o degradantes forma parte de las normas del derecho internacional general que los Estados están obligados a respetar en todo caso, incluso aunque no exista ningún compromiso de carácter convencional»[33].

5. Obligación de informar sin demora a las autoridades consulares del Estado de origen del extranjero detenido con miras a su expulsión[34]

29. Según Guinea, en las detenciones del Sr. Diallo producidas en noviembre de 1995 y enero de 1996 se incumplieron las disposiciones del artículo 36, párr. 1, apdo. *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que obligan a las autoridades competentes del Estado de residencia del extranjero, si este lo solicita, a «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», ya que no se informó en ese momento al interesado «sin retraso alguno» de su derecho a solicitar la asistencia de las autoridades consulares de su país[35].

30. La República Democrática del Congo negó esas imputaciones alegando, en primer lugar, que la parte demandante no había aportado pruebas de que el Sr. Diallo hubiera solicitado a las autoridades congoleñas que se informara sin demora de su situación a la oficina consular de Guinea; en segundo lugar, que el embajador de Guinea en Kinshasa estaba al corriente de la detención y reclusión del Sr. Diallo; y, en tercer lugar, que este último había sido «informado oralmente», inmediatamente después de su detención, de la posibilidad de solicitar asistencia consular a su Estado[36].

31. Sin embargo, la CIJ confirma su jurisprudencia en el caso *Avena*[37] y recuerda que corresponde a las autoridades del Estado que realiza la detención

> informar espontáneamente a la persona detenida de su derecho a solicitar que se informe a su consulado; el hecho de que la persona no haya formulado tal solicitud no solo no justifica el incumplimiento de la obligación de informar que incumbe al Estado que lleva a cabo la detención, sino que en algunos casos podría explicarse precisamente por el hecho de que dicha persona no ha sido informada de sus derechos a ese respecto [...]. Por otro lado, el hecho de que las autoridades consulares del Estado de nacionalidad de la persona detenida hayan sido informadas por otros medios de dicha detención no subsana la violación que haya podido cometerse de la obligación de informar a esa persona «sin retraso alguno» de sus derechos[38].

32. Por lo que respecta a la afirmación según la cual la República Democrática del Congo informó oralmente al Sr. Diallo de sus derechos, la CIJ considera que ese país no ha aportado «el más mínimo elemento de prueba que permita corroborarla»[39] y, en consecuencia, llega a la conclusión de que la República Democrática del Congo violó el artículo 36, párr. 1, apdo. *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[40].

6. Obligación de respetar el derecho de propiedad del extranjero objeto de expulsión[41]

33. Este aspecto fue objeto de un largo y minucioso examen por la CIJ. Y con razón, ya que se trataba de la cuestión central del litigio. Sin embargo, el fallo de la Corte no está exento de crítica en este punto concreto.

34. Guinea sostuvo que, habida cuenta de las condiciones en que se había ejecutado, la expulsión del Sr. Diallo había «violado su derecho de propiedad»[42] garantizado por el artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ya que se había obligado al interesado a abandonar el territorio congoleño y a dejar en él la mayor parte de sus bienes. En particular, Guinea sostuvo que la República Democrática del Congo había incumplido sus obligaciones internacionales al

> privar [al Sr. Diallo] del ejercicio de sus derechos de propiedad, de control y de dirección de las sociedades que [había] fundado en la República Democrática del Congo y de las que era socio único; al impedirle continuar, en esa calidad, con el cobro de las numerosas sumas adeudadas a esas sociedades, tanto por la propia República Democrática del Congo como por otros cocontratantes; [y] al expropiar de hecho los bienes del Sr. Diallo[43].

35. El Relator Especial no examinará las alegaciones basadas en la presunta violación de los derechos relativos a la gestión, del derecho a vigilar y controlar los actos realizados por los gerentes y del derecho de propiedad del Sr. Diallo sobre sus participaciones en las sociedades, que la CIJ desestimó fácilmente basándose, en particular por lo que respecta a este último derecho, en su fallo de 1970 en el caso *Barcelona Traction*[44].

36. Guinea sostuvo además que, como ya había señalado la CIJ en su fallo de 24 de mayo de 2007 sobre las excepciones preliminares planteadas por la República Democrática del Congo[45], tanto «de hecho como de derecho era prácticamente imposible distinguir al Sr. Diallo de sus sociedades (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, pág. 604, párr. 56)»[46].

37. La CIJ, tras examinar detenidamente esos argumentos, llega a la conclusión de que, ciertamente, «el Sr. Diallo dirigía y controlaba plenamente» de manera directa o indirecta sus sociedades[47] y que era «el único gerente que

---

[32] *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 671, párr. 88.

[33] Ibíd., párr. 87.

[34] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 97 a 102.

[35] *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 672, párr. 92.

[36] Ibíd., párrs. 93 y 94.

[37] *Avena et autres ressortisants mexicains* (México *c.* Estados Unidos), fallo, *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 46, párr. 76.

[38] *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 672, párr. 95.

[39] Ibíd., pág. 673, párr. 96.

[40] Ibíd., párr. 97.

[41] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 119 a 150.

[42] *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 673, párr. 98.

[43] Ibíd., pág. 674, párr. 101.

[44] Ibíd., págs. 689 a 691, párrs. 156 a 159. Para el caso *Barcelona Traction*, véase *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 104.

[45] *Ahmadou Sadio Diallo*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, pág. 582.

[46] *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 675, párr. 103.

[47] Ibíd., pág. 678, párr. 110.

actuaba por cuenta de estas, tanto en el momento de su detención como después de su expulsión»[48]. Pero indica, como ya lo había hecho en su fallo de 24 de mayo de 2007 (excepciones preliminares), que las sociedades privadas de responsabilidad limitada, categoría a la que pertenecían las sociedades del Sr. Diallo, tienen, según el derecho congoleño,

una personalidad jurídica independiente y distinta de la de sus socios, en particular en la medida en que el patrimonio de los socios está completamente separado del de la sociedad y estos solo son responsables de las deudas de la sociedad por el importe de sus contribuciones a ella. De esto se desprende que los créditos y las deudas de la sociedad frente a terceros forman parte, respectivamente, de los derechos y obligaciones de esta. Como subrayó la Corte en el caso *Barcelona Traction*: «Mientras exista la sociedad, el accionista no tiene ningún derecho al activo social» (*C.I.J. Recueil 1970*, pág. 34, párr. 41). Esta sigue siendo la regla fundamental en la materia, se trate de una sociedad privada de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima» (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, pág. 606, párr. 63)[49].

38. Tras llegar a esta conclusión, la CIJ recuerda que «las pretensiones relativas a derechos distintos de los derechos del Sr. Diallo como socio fueron declaradas inadmisibles en su fallo de 24 de mayo de 2007 y, por tanto, no puede examinarlas»[50]. Así pues, la Corte mantiene «de manera estricta la distinción entre las presuntas violaciones de los derechos de las dos sociedades privadas de responsabilidad limitada en cuestión y las presuntas violaciones de los derechos del Sr. Diallo como socio de estas (véase *C.I.J. Recueil 2007 (II)*, págs. 605 y 606, párrs. 62 y 63)», distinción que, a su entender, «puede parecer artificial», pero que tiene, no obstante, un «fundamento jurídico»[51]. Sobre la base de esta distinción, y en relación con el derecho del Sr. Diallo de participar en las juntas generales de sus sociedades y de votar en ellas, la Corte, tras recordar que el Decreto-ley congoleño n.º 66-341, de 7 de junio de 1966, obliga a las sociedades cuya sede administrativa se encuentre en la República Democrática del Congo a celebrar sus juntas generales en territorio congoleño, llega no obstante a la sorprendente conclusión de que «no se ha demostrado que se haya impedido al Sr. Diallo llevar a cabo las acciones necesarias para convocar juntas generales desde el extranjero, en calidad de gerente o de socio»[52].

39. El argumento es artificioso y, en todo caso, poco convincente[53], ya que la propia CIJ recordó las condiciones de la expulsión del Sr. Diallo de la República Democrática del Congo. ¿De qué le habría servido al Sr. Diallo convocar desde el extranjero una junta general que debía celebrarse obligatoriamente en territorio congoleño si no podía residir en ese país y, por consiguiente, no podía participar personalmente en dicha junta general? Por otro lado, la Corte admite más adelante en su fallo que «[a]l expulsar al Sr. Diallo, la República Democrática del Congo probablemente le impidió participar en persona en una eventual junta general, pero [añade con rapidez], en opinión de la Corte, tal obstáculo no equivale a una privación de su derecho de participar en las juntas generales y de votar en ellas»[54]. Esta argumentación se basa en que el Sr. Diallo podría haberse hecho representar en esas juntas. Pero, ¿cómo podía hacerlo en serio cuando era él quien dirigía y controlaba «plenamente», de manera directa o indirecta, sus sociedades, de las que era el «único gerente», como admitió la propia Corte?

40. Con independencia de su razonamiento en este punto, lo cierto es que la CIJ considera, al menos implícitamente, que el Estado autor de la expulsión debe proteger el derecho de propiedad del extranjero expulsado.

7. Constatación de responsabilidad y reparación[55]

41. La CIJ constató, en algunos aspectos, que la República Democrática del Congo era responsable de hechos internacionalmente ilícitos por la expulsión del Sr. Diallo de ese país. En efecto, declaró que,

al haber llegado a la conclusión de que la República Democrática del Congo violó las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 9 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los artículos 6 y 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y del artículo 36, párrafo 1, apartado *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (véanse los párrafos 73, 74, 85 y 97 *supra*), la Corte debe ahora determinar, a la luz de las conclusiones finales de Guinea, cuáles son las consecuencias que se derivan de esos hechos internacionalmente ilícitos que generan la responsabilidad internacional de la República Democrática del Congo[56].

Y tras recordar el régimen jurídico de la reparación, que se basa en la distinción entre el principio establecido en el caso *Usine de Chorzów*, según el cual la reparación debe, en la medida de lo posible, «eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si no se hubiese cometido ese acto»[57], y el principio que se recordó recientemente en el caso *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentina *c.* Uruguay), según el cual la reparación puede adoptar «la forma de una indemnización o de una satisfacción, o incluso de ambas»[58], la Corte se pronuncia en los siguientes términos:

Habida cuenta de las circunstancias del presente caso, en particular del carácter fundamental de las obligaciones en materia de derechos humanos que se han violado y de la solicitud de reparación en forma de indemnización presentada por Guinea, la Corte estima que, además de una constatación judicial de dichas violaciones, la reparación que corresponde a Guinea por los daños sufridos por el Sr. Diallo debe adoptar la forma de una indemnización[59].

42. En definitiva, este fallo de 30 de noviembre de 2010 confirma, con la autoridad de que gozan las decisiones de la CIJ, las bases jurídicas de los proyectos de artículos que el Relator Especial propuso en sus informes tercero, quinto y sexto[60].

---

[48] Ibíd., párr. 112.

[49] Ibíd., pág. 676, párr. 105.

[50] Ibíd., párr. 679, párr. 114.

[51] Ibíd., párr. 115.

[52] Ibíd., pág. 681, párr. 121.

[53] Hubo bastante división dentro de la propia CIJ cuando esta decidió que la República Democrática del Congo no había violado los derechos del Sr. Diallo como socio de las sociedades Africom-Zaïre y Africontainers-Zaïre. La Corte adoptó esa decisión por 9 votos a favor y 5 en contra (ibíd., pág. 693, párr. 165, apdo. 6).

[54] Ibíd., pág. 682, párr. 126.

[55] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 161 a 169.

[56] *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 691, párr. 160.

[57] Fondo, fallo N.º 13, *1928, C.P.J.I. série A n.º 17*, pág. 47.

[58] Fallo, *C.I.J. Recueil 2010*, págs. 103 y 104, párr. 273.

[59] Fallo de 30 de noviembre de 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, pág. 691, párr. 161.

[60] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581; *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611 y *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, respectivamente.

CAPÍTULO II

Recapitulación reestructurada de los proyectos de artículos

I. Disposiciones generales

Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación

— Véase el proyecto de artículo 1 (*Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573, párr. 122)

Proyecto de artículo 2. Definiciones

— Véase el proyecto de artículo 2 (*Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573, párr. 194)

Proyecto de artículo 3. Derecho de expulsión

— Véase el proyecto de artículo 3 (*Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581, párr. 23)

Proyecto de artículo 4. Motivos de expulsión

— Véase el proyecto de artículo 9 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 210)

II. Casos de expulsiones prohibidas o condicionales

Proyecto de artículo 5. No expulsión de un nacional

— Véase el proyecto de artículo 4 (*Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581, párr. 57)

Proyecto de artículo 6. No expulsión de refugiados

— Véase el proyecto de artículo 5 (*Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581, párr. 81)

Proyecto de artículo 7. No expulsión de apátridas

— Véase el proyecto de artículo 6 (*Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581, párr. 96)

Proyecto de artículo 8. Prohibición de la expulsión colectiva

— Véase el proyecto de artículo 7 (*Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581, párr. 135)

Proyecto de artículo 9. Prohibición de la expulsión encubierta

— Véase el proyecto de artículo A (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 42)

Proyecto de artículo 10. Expulsión en relación con la extradición

— Véase el proyecto de artículo 8 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 72)

— Nueva propuesta del Relator Especial (*Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), nota 1299)

III. Derechos fundamentales de las personas objeto de expulsión

A. Disposiciones generales

Proyecto de artículo 11. Respeto de la dignidad y de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

— Véase el proyecto de artículo 8 y el proyecto de artículo 10 (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/611, párrs. 50 y 72, y versión revisada de esos proyectos reflejada en los proyectos de artículos 8 y 9, reproducidos en ibíd., documento A/CN.4/617)

— Proyecto de artículo B (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 276) y versión revisada (ibíd., vol. II (segunda parte), nota 1290)

Proyecto de artículo 12. No discriminación

— Véase el proyecto de artículo 14 (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611, párr. 156, y versión revisada reflejada en el proyecto de artículo 10 reproducido en ibíd., documento A/CN.4/617)

Proyecto de artículo 13. Personas vulnerables

— Véase el proyecto de artículo 12 (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611, párr. 127, y versión revisada reflejada en el proyecto de artículo 13, reproducido en ibíd., documento A/CN.4/617)

B. Protección requerida en el Estado autor de la expulsión

Proyecto de artículo 14. Protección de la vida del extranjero objeto de expulsión

— Véase el proyecto de artículo 9 (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611, párr. 67, y versión revisada reflejada en el proyecto de artículo 11 reproducido en ibíd., documento A/CN.4/617)

Proyecto de artículo 15. Respeto del derecho a la vida familiar

— Véase el proyecto de artículo 13 (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611, párr. 147, y versión revisada reflejada en el proyecto de artículo 12, reproducido en ibíd., documento A/CN.4/617)

C. Protección respecto del Estado de destino

Proyecto de artículo 16. Retorno del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino

— Véase el proyecto de artículo D1 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 14)

Proyecto de artículo 17. Estado de destino del extranjero expulsado

— Véase el proyecto de artículo E1 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 116)

Proyecto de artículo 18. Garantía del respeto del derecho a la vida y a la libertad individual del extranjero objeto de expulsión en el Estado de destino

— Véase el proyecto de artículo 9, párrafo 1 (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/611, párr. 67, y versión revisada reflejada en el proyecto de artículo 14, reproducido en ibíd., documento A/CN.4/617)

Proyecto de artículo 19. Protección del extranjero objeto de expulsión contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino

— Véase el proyecto de artículo 11 (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611, párr. 120, y versión revisada reflejada en el proyecto de artículo 15, reproducido en ibíd., documento A/CN.4/617)

D. Protección en el Estado de tránsito

Proyecto de artículo 20. Protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión en el Estado de tránsito

— Véase el proyecto de artículo 16 (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/617)

— Véase *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/618

— Véase el proyecto de artículo F1 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 118)

IV. Normas de procedimiento

Proyecto de artículo 21. Ámbito de aplicación de las presentes normas de procedimiento

— Véase el proyecto de artículo A1 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 40, y versión revisada (ibíd., vol. II (segunda parte), nota 1300))

Proyecto de artículo 22. Conformidad con la ley

— Véase el proyecto de artículo B1 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 64)

Proyecto de artículo 23. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

— Véase el proyecto de artículo C1 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 126)

V. Consecuencias jurídicas de la expulsión

Proyecto de artículo 24. Derecho a regresar del extranjero expulsado ilegalmente

— Véase el proyecto de artículo H1 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 159)

Proyecto de artículo 25. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

— Véase el proyecto de artículo G1 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 150)

Proyecto de artículo 26. Responsabilidad del Estado autor de la expulsión

— Véase el proyecto de artículo II (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 206)

Proyecto de artículo 27. Protección diplomática

— Véase el proyecto de artículo J1 (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párr. 206)

LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/648

Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial

[Original: inglés]
[31 de mayo de 2011]

ÍNDICE

			Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe			202
Obras citadas en el presente informe			203
		Párrafos	
Introducción		1-5	203
Capítulo			
I.	Examen del tema en el 62.º período de sesiones de la Comisión (2010)	6-14	204
II.	Debates en la Sexta Comisión durante el sexagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General	15-22	205
A.	Observaciones generales	15-17	205
B.	Fundamento jurídico de la obligación	18-20	205
C.	Condiciones que deben darse para el nacimiento y la aplicación de la obligación	21	205
D.	Relación con otros principios	22	205
III.	Fuentes de la obligación de extraditar o juzgar	23-96	206
A.	La obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad	26-38	206
	Artículo 2. Obligación de cooperar	39-40	208
B.	La obligación de extraditar o juzgar en los tratados en vigor	41-73	208
1.	Distintas clasificaciones posibles de tratados internacionales en que se establece la obligación de *aut dedere aut judicare*	43-69	208
2.	Artículo 3. El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar	70-73	212
C.	El principio *aut dedere aut judicare* como norma del derecho internacional consuetudinario	74-77	212
D.	Carácter consuetudinario de la obligación en los debates celebrados en la Sexta Comisión durante el sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General (2009)	78-81	212
E.	Base consuetudinaria de los derechos invocados ante la CIJ	82-83	213
F.	Determinación de las categorías de crímenes y delitos que pueden considerarse el origen de la obligación consuetudinaria de *aut dedere aut judicare*	84-91	214
G.	El *jus cogens* como fuente de la obligación de extraditar o juzgar	92-94	215
H.	Artículo 4. La costumbre internacional como fuente de la obligación de *aut dedere aut judicare*	95-96	215

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda (Ginebra, 20 de abril de 1929)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXII, n.º 2623, pág. 371. En español, véase España, *Gaceta de Madrid*, n.º 98, 8 de abril de 1931, pág. 98.
Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo (Ginebra, 16 de noviembre de 1937)	Ibíd., documento C.546.M.383.1937.V.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, n.os 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 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.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 450, n.º 6465, pág. 241.
Convención Única sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961)	Ibíd., vol. 520, n.º 7515, pág. 167.
Protocolo de modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (Ginebra, 25 de marzo de 1972)	Ibíd., vol. 976, n.º 14151, pág. 59.
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Ibíd., vol. 860, n.º 12325, pág. 123.
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.
Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	Ibíd., vol. 1015, n.º 14861, pág. 243.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Viena, 26 de octubre de 1979)	Ibíd., vol. 1456, n.º 24631, pág. 152.
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. 1833, n.º 31363, pág. 3.
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.
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10 de marzo de 1988)	Ibíd., vol. 1678, n.º 29004, pág. 201.
Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989)	Ibíd., vol. 2163, n.º 37789, pág. 119.
Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994)	Ibíd., vol. 2051, n.º 35457, pág. 423.
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.
Estatuto 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. 197.
Acta Constitutiva de la Unión Africana (Lomé, 11 de julio de 2000)	Ibíd., vol. 2158, n.º 37733, pág. 3.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) (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.

	Fuente
Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2241, n.º 39574, pág. 480.
Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 31 de mayo de 2001)	Ibíd., vol. 2326, n.º 39574, pág. 211.
Convención de las Naciones Unidas 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.
Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 196.
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49* (A/61/49), vol. I, resolución 61/177, anexo.

Obras citadas en el presente informe

Amnistía Internacional

Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation, Londres, Secretaría Internacional, 2001.

Comisión de Derecho Internacional: La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2009.

Universal Jurisdiction: UN General Assembly should support this essential international justice tool, Londres, Secretaría Internacional, 2010.

Bassiouni, M. Cherif y Edward M. Wise

Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

Mitchell, Claire

Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law, Ginebra, Institut de hautes études internationales et du développement, 2009.

Schabas, William A.

The UN Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Scharf, Michael P.

«Aut dedere aut iudicare», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law.*

Introducción

1. La Comisión de Derecho Internacional, en su 57.º período de sesiones, en 2005, decidió incluir el tema «Obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» en su programa de trabajo[1]. En sus períodos de sesiones 58.º y 59.º, en 2006 y 2007, respectivamente, la Comisión recibió y examinó los informes preliminar[2] y segundo[3] del Relator Especial.

2. En su 60.º período de sesiones, en 2008, el Relator Especial presentó su tercer informe[4], que fue examinado por la Comisión junto con la información y las observaciones recibidas de los gobiernos[5]. El tercer informe del Relator Especial tenía por objeto continuar el proceso de formulación de preguntas a los Estados y a los miembros de la Comisión sobre los aspectos más importantes del tema. Con esas preguntas se pretendía que el Relator Especial extrajera conclusiones definitivas sobre la cuestión principal, a saber, la existencia o no de una obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) en el ámbito del derecho internacional consuetudinario.

3. En su 2988.ª sesión, el 31 de julio de 2008, la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre el tema, presidido por Alain Pellet, cuyo mandato y composición se determinarían en el 61.º período de sesiones, en 2009[6].

4. En su 61.º período de sesiones, en 2009, la Comisión tuvo ante sí la última parte de la información y las observaciones recibidas de los gobiernos[7]. En ese mismo período de sesiones se volvió a establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presidido por Alain Pellet[8]. Como consecuencia de sus

[1] *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), págs. 13 y 14, párr. 20.

[2] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), pág. 279, documento A/CN.4/571.

[3] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), pág. 71, documento A/CN.4/585.

[4] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/603.

[5] Ibíd., documento A/CN.4/599. Véase también *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/579 y Add.1 a 4.

[6] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 315.

[7] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/612.

[8] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 22.

deliberaciones, se elaboró un marco general para examinar el tema, con objeto de determinar las cuestiones que habrían de tratarse. Posteriormente, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por el Presidente del Grupo de Trabajo.

5. El Grupo de Trabajo propuso el siguiente marco general para que la Comisión examinara el tema: *a*) los fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar; *b*) el ámbito *ratione materiae* de la obligación de extraditar o juzgar; *c*) el contenido de la obligación de extraditar o juzgar; *d*) la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y otros principios; *e*) las condiciones del nacimiento de la obligación de extraditar o juzgar; *f*) el modo de hacer efectiva la obligación de extraditar o juzgar; y *g*) la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y la entrega del supuesto infractor a un tribunal penal internacional competente[9].

[9] Ibíd., párr. 204.

Capítulo I

Examen del tema en el 62.º período de sesiones de la Comisión (2010)

6. En su 62.º período de sesiones, en 2010, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) que, en ausencia de su presidente, fue presidido por Enrique Candioti. En su 3071.ª sesión, el 30 de julio de 2010, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por el Presidente provisional del Grupo de Trabajo[10].

7. El Grupo de Trabajo continuó sus deliberaciones con el fin de determinar las cuestiones que habrían de debatirse para seguir facilitando la labor del Relator Especial. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí un examen de los instrumentos multilaterales que podían resultar pertinentes para la labor de la Comisión sobre el tema, preparado por la Secretaría[11], así como el marco general elaborado por el Grupo de Trabajo en 2009.

8. En el estudio de la Secretaría figuraban más de 60 instrumentos multilaterales, tanto de alcance universal como regional, con disposiciones que combinaban la extradición y el enjuiciamiento como cursos alternativos de acción para el castigo de los responsables. En el estudio se proponían una descripción y una tipología de instrumentos teniendo en cuenta esas disposiciones, y se examinaban los trabajos preparatorios de ciertas convenciones fundamentales que han servido de modelo en esta esfera, así como las reservas formuladas a ciertas disposiciones. Asimismo, se señalaban las diferencias y semejanzas entre las disposiciones contenidas en distintas convenciones y su evolución.

9. Sobre la base de ese estudio, se elaboraron conclusiones generales en relación con: *a*) la relación entre la extradición y el enjuiciamiento en las cláusulas correspondientes; *b*) las condiciones aplicables a la extradición en las distintas convenciones; y *c*) las condiciones aplicables al enjuiciamiento en las distintas convenciones[12].

10. El Grupo de Trabajo también tuvo ante sí un documento de trabajo preparado por el Relator Especial relativo a los elementos de base para las deliberaciones del Grupo sobre el tema[13], en que figuraban observaciones y propuestas fundadas en el marco general elaborado en 2009 y en el estudio de la Secretaría. En particular, el Relator Especial destacó una serie de cuestiones relacionadas con: *a*) los fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar; *b*) el ámbito *ratione materiae* de dicha obligación; *c*) el contenido de la obligación; y *d*) sus condiciones de nacimiento.

11. El Grupo de Trabajo afirmó que el marco general convenido en 2009 seguía siendo pertinente. Se reconoció que el estudio de la Secretaría había contribuido a aclarar ciertos aspectos del marco general, así como ciertas cuestiones relacionadas con la tipología de las disposiciones convencionales, las diferencias y semejanzas en la formulación de la obligación de extraditar o juzgar en esas disposiciones y su evolución, bajo la rúbrica de «fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar» del marco general.

12. También se señaló que, con el propósito de explicar algunas de las cuestiones convenidas en el marco general, la práctica convencional en que se había centrado el estudio de la Secretaría debía complementarse con un examen detallado de otros aspectos de la práctica de los Estados (que incluyera cuestiones como la legislación nacional, la jurisprudencia y las declaraciones de representantes gubernamentales, pero que no se limitara a ellas).

13. Además, se observó que, en la medida en que el deber de cooperar en la lucha contra la impunidad parecía servir de base a la obligación de extraditar o juzgar, era necesario evaluar sistemáticamente sobre la base de la práctica de los Estados hasta qué punto ese deber podía aclarar, como norma general o en relación con delitos específicos, la labor sobre el tema, incluidos los aspectos relacionados con el ámbito *ratione materiae*, el contenido de la obligación de extraditar o juzgar y las condiciones del nacimiento de esa obligación.

14. El Grupo de Trabajo reafirmó, teniendo en cuenta la práctica de la Comisión en el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, que los futuros informes del Relator Especial en general deberían orientarse a la presentación de proyectos de artículos para ser examinados por la Comisión, partiendo de la base del marco general acordado en 2009.

[10] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte)), párrs. 335 y 336.

[11] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/630.

[12] Ibíd., cap. II.

[13] Ibíd., documento A/CN.4/L.774.

Capítulo II

Debates en la Sexta Comisión durante el sexagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General

A. Observaciones generales

15. Varias delegaciones reiteraron la importancia que asignaban al tema, así como su pertinencia para combatir la impunidad[14], y expresaron preocupación por los avances relativamente escasos logrados hasta el momento[15]. Asimismo, señalaron que cabía esperar que la Comisión progresara considerablemente al respecto en su 63.º período de sesiones, en 2011[16]. En ese contexto, algunas delegaciones consideraron que el marco general elaborado por el Grupo de Trabajo en 2009 seguía siendo pertinente para la labor de la Comisión[17]. También se encomió que el Relator Especial y el Grupo de Trabajo hubieran sido prudentes en su enfoque, y se destacó la necesidad de analizar a fondo la práctica de los Estados[18].

16. Si bien varias delegaciones recibieron con agrado el estudio de la Secretaría[19], se sugirió que se hiciera extensivo a otros aspectos de la práctica de los Estados, como la legislación nacional[20]. Con ese fin, se hizo referencia a las observaciones formuladas por los Estados a instancia de la Comisión[21].

17. Algunas delegaciones apoyaron la elaboración de un proyecto de artículos sobre este tema, tomando como base el marco general, mientras que otras cuestionaron la conveniencia de emprender una labor de ese tipo y de extender la obligación de extraditar o juzgar fuera de los instrumentos vinculantes que establecían dicha obligación[22].

B. Fundamento jurídico de la obligación

18. Algunas delegaciones consideraron que la cuestión del fundamento jurídico de la obligación de extraditar o juzgar, así como el contenido y la naturaleza de esa obligación, en particular en relación con determinados delitos, debía ser examinada en mayor profundidad[23]. Otras delegaciones reiteraron su posición de que la obligación no podía considerarse todavía una norma o principio de derecho consuetudinario[24].

19. Se señaló que las disposiciones pertinentes de los tratados habían de regir tanto los delitos respecto de los cuales existía esa obligación como la cuestión de su aplicación[25]. También se observó que solo debía examinarse la cuestión de si existía una norma consuetudinaria al respecto una vez que se hubiera analizado cuidadosamente el alcance y el contenido de esa obligación en los regímenes consuetudinarios vigentes, y que todo examen de esos regímenes requería contar con mucha más información de los Estados sobre su práctica[26].

20. Algunas delegaciones estuvieron a favor de que se examinara la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad, como forma de apoyar la obligación de extraditar o juzgar[27].

C. Condiciones que deben darse para el nacimiento y la aplicación de la obligación

21. Se señaló que la Comisión debía analizar las condiciones que deben darse para que nazca la obligación de extraditar o juzgar[28] y para que proceda la extradición, así como para entregar al presunto infractor a un tribunal internacional (la «triple opción»)[29], cuando el Estado de que se trate no pueda o no desee juzgarlo. También se sugirió que la Comisión examinara la cuestión de cuándo podría darse por cumplida la obligación en situaciones en que el cumplimiento resultara difícil, por ejemplo, por razones probatorias[30].

D. Relación con otros principios

22. Se observó que la obligación de extraditar o juzgar debía distinguirse claramente del principio de la jurisdicción universal[31], aunque algunas delegaciones

---

[14] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión*, Eslovenia, 20.ª sesión (A/C.6/65/SR.20), párr. 40; Colombia, ibíd., párr. 76; Hungría, 21.ª sesión (A/C.6/65/SR.21); Austria, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25); Portugal, ibíd; Sri Lanka, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 47; Países Bajos, ibíd., párr. 49; Cuba, ibíd., párr. 54, y España, ibíd., párr. 73.

[15] Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), ibíd., 19.ª sesión: (A/C.6/65/SR.19), párr. 64; Hungría, 21.ª sesión (A/C.6/65/SR.21), párr. 27; Reino Unido, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 81; Países Bajos, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 49.

[16] Austria, ibíd., 19.ª sesión (A/C.6/65/SR.19); Bélgica, 20.ª sesión (A/C.6/65/SR.20), párr. 31; Eslovenia, ibíd., párr. 40; Jamahiriya Árabe Libia, 21.ª sesión (A/C.6/65/SR.21), párr. 24; Nigeria, ibíd.; Portugal, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25); Países Bajos, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 49; España, ibíd., párr. 73.

[17] Austria, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25); Nueva Zelandia, ibíd.; España, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 73.

[18] Polonia, ibíd., 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 58.

[19] Nigeria, ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/65/SR.21), párr. 42; Austria, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 60; Nueva Zelandia, ibíd., párr. 66; Portugal, ibíd.; Reino Unido, ibíd., párr. 81; Tailandia, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 3; Israel, ibíd., párr. 29.

[20] Portugal, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 72.

[21] Véase *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/579 y Add.1 a 4; *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/599, y *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/612.

[22] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión*, Polonia, 21.ª sesión (A/C.6/65/SR.21); Portugal, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 72; Países Bajos, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 49.

[23] Colombia, ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/65/SR.20), párr. 76; Nueva Zelandia, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 66; Polonia, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26); Tailandia, ibíd., párr. 3.

[24] Reino Unido, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 81; Estados Unidos, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 18; Israel, ibíd., párr. 29; República de Corea, ibíd., párr. 64.

[25] Reino Unido, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 81.

[26] Estados Unidos, ibíd., 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 18.

[27] Nueva Zelandia, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 66; Brasil, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 72.

[28] Polonia, ibíd., 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26).

[29] Tailandia, ibíd., párr. 4.

[30] Nueva Zelandia, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 66.

[31] Israel, ibíd., 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 29.

consideraron que ambas cuestiones estaban inextricablemente vinculadas[32]. En ese contexto, se sugirió[33] que el Relator Especial tuviera en cuenta el informe del Secretario General sobre la base de los comentarios y las observaciones de los gobiernos acerca del alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal[34]. También se destacó la conexión que existía entre la labor de la Comisión sobre la obligación de extraditar o juzgar y sobre otros temas de su programa de trabajo a largo plazo, en especial la cuestión de la jurisdicción extraterritorial[35].

[32] Cuba, ibíd., párr. 54; Polonia, ibíd., párr. 58; República de Corea, ibíd., párr. 64.

[33] Polonia, ibíd., párr. 58.

[34] A/65/181.

[35] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión*, España, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 73.

Capítulo III

Fuentes de la obligación de extraditar o juzgar

23. El principal problema en que el Relator Especial quisiera centrar este informe es la cuestión de cuáles son las fuentes más importantes de la obligación de extraditar o juzgar. En el informe preliminar ya se señaló que esas fuentes eran los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho, así como la legislación nacional y la práctica de los Estados[36]. Como se indicó posteriormente, de esas fuentes las principales son los tratados internacionales y la costumbre internacional, por ser estas las fuentes de derecho internacional más importantes y las que se aplican con carácter más general. Por lo tanto, el presente informe se limitará a examinar estas dos fuentes de la obligación de *aut dedere aut judicare*.

24. En el marco general propuesto para el examen por la Comisión del tema «La obligación de extraditar o juzgar», preparado y acordado por el Grupo de Trabajo en 2009 (véase el párrafo 5 *supra*), se recomendó que se examinara en primer término el problema del fundamento jurídico de la obligación de extraditar o juzgar. Al respecto, el Grupo de Trabajo señaló un conjunto de cuestiones más concretas, a saber: *a*) la obligación de extraditar o juzgar y la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad; *b*) la obligación de extraditar o juzgar en los tratados en vigor: tipología de las disposiciones convencionales; diferencias y semejanzas entre esas disposiciones, y su evolución (compárese con las convenciones sobre el terrorismo); *c*) si la obligación de extraditar o juzgar encuentra un fundamento en derecho internacional consuetudinario, y en qué medida; *d*) si la obligación de extraditar o juzgar está vinculada indisolublemente con ciertos «delitos de derecho consuetudinario» (por ejemplo, la piratería); y *e*) si se pueden encontrar principios regionales relativos a la obligación de extraditar o juzgar.

25. El Grupo de Trabajo sugirió que tal vez solo fuera posible resolver definitivamente las cuestiones mencionadas en los apartados *c*), *d*) y *e*) en una fase más avanzada, en particular después de haber analizado detenidamente el alcance y el contenido de la obligación de extraditar o juzgar en los regímenes convencionales en vigor. Tal vez sería conveniente examinar además el carácter consuetudinario de la obligación con respecto a determinados delitos.

[36] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), pág. 286, documento A/CN.4/571, párrs. 35 a 48.

A. La obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad

26. La obligación de cooperar se encuentra bien establecida como principio de derecho internacional y figura en numerosos instrumentos internacionales. Por ejemplo, el Artículo 1, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas incluye claramente entre los propósitos de la Organización:

> 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.

27. La obligación general de cooperar quedó confirmada 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, que establece:

> 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[37].

28. Ese enfoque positivo respecto de dicha obligación también se expresa claramente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En el preámbulo del Estatuto, los Estados partes afirman que «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional» y que los Estados partes están «*[d]ecididos* a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes».

29. La obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad, como fuente primaria *sui generis* de la obligación de *aut dedere aut judicare*, ocupó un lugar primordial entre los fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar propuestos en 2009 por el Grupo de Trabajo de la Comisión (véanse los párrafos 5 y 24 *supra*) y fue confirmada nuevamente en 2010 en las deliberaciones del

[37] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

Grupo de Trabajo, en las que se sostuvo que «el deber de cooperar en la lucha contra la impunidad parecía servir de base a la obligación de extraditar o juzgar»[38].

30. La impunidad en sí ha sido objeto de análisis jurídico[39]. La cuestión de la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad se presenta en las relaciones internacionales bajo distintos aspectos: *a*) como un problema universal, *b*) como una cuestión de aplicación regional, o *c*) como un tema relacionado con ciertos tipos de crímenes en particular.

31. Un ejemplo interesante de cómo puede formularse esa obligación a nivel regional (Consejo de Europa) y respecto de ciertos crímenes en particular (violaciones de derechos humanos) figura en las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para erradicar la impunidad por violaciones graves de los derechos humanos, aprobadas el 30 de marzo de 2011.

32. Aunque esas directrices se centran en poner fin a la impunidad por violaciones graves de los derechos humanos, contienen disposiciones aplicables a otras categorías de los crímenes internacionales más graves. La directriz XII sobre cooperación internacional establece que:

> La cooperación internacional desempeña un papel primordial en la lucha contra la impunidad. A fin de prevenir y erradicar la impunidad, los Estados deben cumplir sus obligaciones, especialmente en relación con la asistencia jurídica mutua, los enjuiciamientos y las extradiciones, de forma coherente con el respeto de los derechos humanos [...] y de buena fe. Con esa finalidad, se alienta a los Estados a intensificar su cooperación más allá de sus obligaciones existentes[40].

33. Algunos Estados reconocen que dicha cooperación es una obligación internacional. Por ejemplo, Bélgica, en sus observaciones presentadas a la Comisión señaló que:

> 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[41].

34. Es innegable que la lucha contra la impunidad de los autores de crímenes internacionales graves es una política fundamental de la comunidad internacional[42]. Para combatir la impunidad de los autores de crímenes graves se utilizan, en general, dos métodos.

35. El primer método tiene que ver con la creación de tribunales internacionales, y se ha aplicado desde el establecimiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (Tribunal de Tokio), al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Se trata de un método limitado, dado que los tribunales internacionales tienen necesariamente una jurisdicción restringida. No pueden resolver los problemas de impunidad en general, sino solo aquellos aspectos comprendidos en su mandato, que se establece en sus respectivos Estatutos. Incluso cuando cuentan con un mandato bastante amplio, como ocurre con la Corte Penal Internacional, el verdadero alcance de la lucha contra la impunidad seguirá dependiendo de la decisión voluntaria de los Estados de ser parte en el Estatuto.

36. El segundo método pone de relieve la naturaleza limitada de los tribunales penales internacionales. Los restantes problemas de impunidad se resuelven mediante el ejercicio de jurisdicción por los tribunales nacionales. Prueba de ello es que el aumento del número de tribunales penales internacionales en los últimos 15 años no ha tenido como consecuencia una reducción en la actividad de los tribunales nacionales en esta esfera. Al contrario, la ampliación de la jurisdicción penal internacional se ha visto acompañada por un crecimiento igualmente notable del uso de la jurisdicción penal nacional para perseguir los crímenes internacionales, incluidos los de carácter extraterritorial.

37. Cabe añadir que la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad ya ha sido considerada por algunos Estados y por la doctrina como una norma consuetudinaria que establece una obligación clara para los Estados. Como señaló Eric David ante la CIJ en el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica *c.* Senegal), en la audiencia pública del 7 de abril de 2009:

> Esa norma, que obliga a los Estados a combatir la impunidad o a hacer comparecer ante la justicia a los autores de crímenes de derecho internacional —las expresiones varían— no solo figuran en los textos que mencioné ayer y a los que acabo de referirme [a saber, los tratados internacionales]; sino que se encuentra en aproximadamente 40 resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad desde 2003[43].

38. En lo que respecta al contenido del derecho invocado por Bélgica, Eric David señaló acertadamente que este derecho es:

> el derecho de Bélgica de comprobar cómo los Estados cumplen su obligación de extraditar o juzgar al autor de un crimen de derecho internacional. En última instancia, este derecho no es más que la transposición a la ley, por parte de la comunidad internacional, de un valor moral y social fundamental que actualmente ha pasado a ser un imperativo jurídico: no permitir que algunos de los crímenes más graves queden sin castigo[44].

---

[38] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 339.

[39] Por ejemplo, en el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 8 de febrero de 2005 (E/CN.4/2005/102/Add.1), se definió la impunidad como «la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas».

[40] Consejo de Europa, CM/Del/Dec(2011)1110, 4 de abril de 2011.

[41] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/612, secc. B, párr. 20.

[42] Como destacó la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), otorgar al Ministro de Relaciones Exteriores del Congo inmunidad temporaria en razón del ejercicio de su cargo no equivale a acordar impunidad a dicho funcionario, puesto que las distintas vías para enjuiciarlo quedaron intactas (fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 25, párrs. 60 y 61; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 221).

[43] CIJ, CR 2009/10, párr. 11.

[44] Ibíd., párr. 12.

ARTÍCULO 2. OBLIGACIÓN DE COOPERAR[45]

39. De todos modos, con independencia de cuál de los métodos mencionados vaya a utilizarse —los tribunales internacionales o los nacionales—, parece que la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad puede llevarse a cabo mejor y más eficazmente mediante la aplicación del principio *aut dedere aut judicare*.

40. Como resumen de lo expuesto anteriormente, se puede decir que las disposiciones que se refieren a la obligación de los Estados de cooperar en la lucha contra la impunidad podrían añadirse como artículo introductorio cuando se codifique el principio *aut dedere aut judicare*. Esos dos tipos de disposiciones parecen estar estrechamente interrelacionadas:

«*Artículo 2. Obligación de cooperar*

1. Con arreglo al presente proyecto de artículos, los Estados cooperarán entre sí y con los tribunales internacionales competentes, según corresponda, en la lucha contra la impunidad en lo que respecta a los crímenes y delitos de trascendencia internacional.

2. Con esa finalidad, los Estados aplicarán, donde y cuando sea posible, y de conformidad con el presente proyecto de artículos, el principio de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).»

B. La obligación de extraditar o juzgar en los tratados en vigor

41. Ya en su informe preliminar, el Relator Especial situó los tratados internacionales en el primer lugar de la lista de fuentes de la obligación de extraditar o juzgar[46]. Asimismo, en ese informe señaló que una tarea preliminar en la futura labor de codificación sobre el tema en cuestión sería completar una lista comparativa de tratados pertinentes y fórmulas utilizadas en ellos para reflejar esa obligación.

42. Al mismo tiempo, el Relator Especial propuso una primera clasificación de esos tratados en la que se diferenciaban dos categorías:

tanto tratados sustantivos, que definen delitos particulares y exigen su penalización y el enjuiciamiento o extradición de quienes los cometan, como convenios sobre aspectos procesales, que se ocupan de la extradición y otras cuestiones de cooperación judicial entre Estados[47].

1. DISTINTAS CLASIFICACIONES POSIBLES DE TRATADOS INTERNACIONALES EN QUE SE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE *AUT DEDERE AUT JUDICARE*

43. No existe una clasificación jurídicamente vinculante de tratados ni de formulaciones que contengan la obligación de extraditar o juzgar. Sin embargo, en las obras doctrinales y otras obras de investigación elaboradas por entidades no gubernamentales figuran distintas clasificaciones y listas de tratados internacionales. Tal vez la Comisión desee tener en cuenta algunas de ellas en su labor de codificación.

a) *La clasificación de Bassiouni y Wise*

44. Como se menciona en el informe preliminar, el conocido libro de Bassiouni y Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, publicado en 1995, contiene un amplio catálogo de tales instrumentos. En un anexo de esa obra figura una vasta colección de instrumentos de derecho penal internacional en que se establece la obligación de extraditar o juzgar, que esos dos autores comentan y clasifican en numerosas categorías. Esta clasificación se basa en general en una distinción entre tratados sustantivos y procesales, aunque existe una cierta desproporción en el número de instrumentos que se consideran sustantivos (24) y procesales (6). En la primera categoría se incluyen tratados en que se prevén crímenes como:

1) la prohibición de la agresión, 2) los crímenes de guerra, 3) el uso ilegal de armas, 4) los crímenes de lesa humanidad, 5) la prohibición del genocidio, 6) la discriminación racial y el *apartheid*, 7) la esclavitud y los delitos conexos, 8) la prohibición de la tortura, 9) los experimentos ilegales con seres humanos, 10) la piratería, 11) el secuestro de aeronaves y delitos conexos, 12) los delitos contra la seguridad de la navegación marítima internacional, 13) el uso de la fuerza contra las personas internacionalmente protegidas, 14) la toma de rehenes civiles, 15) los delitos relacionados con las drogas, 16) el tráfico internacional de publicaciones obscenas, 17) la protección de los tesoros nacionales y arqueológicos, 18) la protección del medio ambiente, 19) el robo de material nuclear, 20) la utilización ilegal del correo, 21) la interferencia en los cables submarinos, 22) la falsificación, 23) las prácticas corruptas en las transacciones comerciales internacionales, y 24) los mercenarios[48].

45. La segunda categoría, la de los tratados de índole procesal, comprende tres grupos de instrumentos elaborados bajo los auspicios de tres organizaciones internacionales: las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la OEA.

46. Esta enumeración, aunque se propone abarcar todas las categorías de tratados pertinentes, no es exhaustiva, dado que no incluye, por ejemplo, los tratados más recientes de lucha contra el terrorismo, ni las convenciones para la represión de varios crímenes internacionales o transnacionales[49].

---

[45] El proyecto de artículo 2 (Obligación de cooperar) que se presenta en el párrafo 40 *infra* reemplazará al antiguo artículo 2 (Términos empleados) (*Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/603, párr. 121), que será suprimido. El proyecto de artículo 1 (Ámbito de aplicación) quedará tal como fue presentado por el Relator Especial en su tercer informe (ibíd., párr. 20):

«El presente proyecto de artículos se aplicará a la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de la obligación alternativa de los Estados de extraditar o juzgar a las personas bajo su jurisdicción».

Cabe recordar que en el mismo informe (ibíd., párr. 116), el Relator Especial, sobre la base de los comentarios formulados por los miembros de la CDI y los delegados en la Sexta Comisión, así como las opiniones presentadas por los Estados, también propuso una versión «alternativa» del proyecto de artículo 1:

«El presente proyecto de artículos se aplicará a la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de la obligación jurídica de los Estados de extraditar o juzgar a las personas [bajo su jurisdicción] [que se encuentren en el territorio del Estado de detención] [que se encuentren bajo el control del Estado de detención]».

[46] El Relator Especial mencionó además como otras fuentes de esa obligación la costumbre internacional y los principios generales del derecho, así como la legislación nacional y la práctica de los Estados.

[47] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), pág. 286, párr. 35.

[48] Bassiouni y Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, pág. 73, citado en *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), pág. 286, párr. 36.

[49] Véase, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos o el

b) *Clasificaciones de Amnistía Internacional*

47. Otra selección de tratados internacionales que prevén la jurisdicción universal y la obligación de *aut dedere aut judicare* figura en un memorando preparado en 2001 por Amnistía Internacional. Dicho catálogo incluye 21 instrumentos adoptados entre 1929 y 2000 que, a juicio de los autores del memorando, son los más representativos en lo que respecta a la cuestión de la jurisdicción universal y la obligación de *aut dedere aut judicare*:

1) el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda; 2) los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra de 1949; 3) la Convención sobre la alta mar; 4) la Convención Única sobre Estupefacientes; 5) el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; 6) el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas; 7) el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; 8) el Protocolo de modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961; 9) la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*; 10) la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; 11) el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I); 12) la Convención Internacional contra la toma de rehenes; 13) la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares; 14) la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; 15) la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 16) el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; 17) la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios; 18) la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; 19) el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; 20) el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, y 21) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[50].

48. Ocho años más tarde, en 2009, Amnistía Internacional publicó otro memorando[51], esta vez consagrado a la presentación de la obligación de extraditar o juzgar en el contexto de la labor de la Comisión. Si bien el alcance sustantivo de este memorando es menor y se limita a la cuestión de la obligación de *aut dedere aut judicare*, los tratados elegidos se clasifican en cuatro grupos, no por temas, sino según su ámbito de aplicación territorial: tratados internacionales (24), y una selección de tratados aprobados bajo los auspicios de la OEA (7), el Consejo de Europa (3) y la UA (3).

49. Este memorando de Amnistía Internacional debería contener un análisis más comparativo y detallado de tratados seleccionados; en vez de ello, ofrece más información de naturaleza técnica, como reservas, declaraciones, firmas y ratificaciones. También se citan disposiciones de los tratados que se refieren directamente a la jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar.

50. Al año siguiente, en 2010, Amnistía Internacional publicó otro informe[52], que en esta ocasión abordaba principalmente la cuestión de la jurisdicción universal, pero que también contenía información valiosa sobre el principio *aut dedere aut judicare* y proseguía la presentación y el análisis de tratados internacionales pertinentes que se realizaba en el informe anterior de 2009. En el capítulo III del informe de 2010, relativo a la aceptación generalizada de la jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar, sus autores hicieron un estudio más actualizado de los tratados ratificados «con la obligación de *aut dedere aut judicare* de ejercer jurisdicción sobre los no nacionales sospechosos de cometer ciertos crímenes en el extranjero contra otros no nacionales»[53] (combinada con la jurisdicción universal). El análisis de las ratificaciones de algunos de esos tratados muestra cuán generalizada es esa aceptación:

194 Estados han ratificado los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que establecen la jurisdicción universal en relación con aquellos crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional que hayan sido definidos como violaciones graves;

107 Estados son parte en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (1973), que establece la jurisdicción universal para conductas constitutivas de *apartheid*;

170 Estados ratificaron el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (1977), que establece la jurisdicción universal para violaciones graves de ese protocolo;

167 Estados son parte en la Convención Internacional contra la toma de rehenes (1979), que establece la obligación de extraditar o juzgar;

160 Estados son parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), que establece la jurisdicción universal para la piratería;

147 Estados son parte en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), que establece la jurisdicción universal si el Estado decide no extraditar a la persona a otro Estado;

164 Estados han ratificado el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997), que establece la obligación de extraditar o juzgar;

146 Estados han ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), que establece la obligación de extraditar o juzgar;

19 Estados son parte en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), que establece la jurisdicción universal, salvo que el Estado extradite a la persona a otro Estado o la entregue a un tribunal penal internacional cuya competencia haya reconocido[54].

51. En la última parte del citado informe, Amnistía Internacional recomendó que los Estados que participaran en las deliberaciones de la Sexta Comisión en octubre de 2010 expusieran los siguientes argumentos en favor de la jurisdicción universal como instrumento esencial para hacer efectiva la justicia internacional, que a la vez pone de relieve la estrecha relación existente entre esta norma y el principio *aut dedere aut judicare*:

Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. Véase igualmente el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, que en el artículo 18 establece la obligación de extraditar o juzgar, aunque no se ocupa directamente de los actos de terrorismo, sino únicamente de los delitos relacionados con el terrorismo.

[50] Véase Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation*, cap. 15, pág. 18, citado en *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), pág. 286, párr. 37.

[51] Amnistía Internacional, *Comisión de Derecho Internacional: La obligación de extraditar o juzgar* (aut dedere aut judicare).

[52] Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction: UN General Assembly should support this essential international justice tool*.

[53] Ibíd., pág. 12.

[54] Ibíd., págs. 12 a 14.

Es fundamental que todos los Estados mantengan su compromiso con la jurisdicción universal, que es una norma de derecho internacional establecida desde hace tiempo, y reafirmen la obligación de todo Estado de ejercer su jurisdicción sobre las personas responsables por la comisión de crímenes en virtud del derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas.

Conforme a la obligación conexa de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) el Estado tiene el deber, bien de ejercer su jurisdicción respecto de una persona sospechosa de haber cometido ciertas categorías de crímenes (lo que necesariamente implicaría el ejercicio de la jurisdicción universal en ciertos casos), bien de extraditar a la persona a un Estado que tenga la capacidad y la voluntad de juzgarla o de entregarla a un tribunal penal internacional con jurisdicción sobre el sospechoso y el delito[55].

c) *La clasificación de Mitchell*

52. Otro intento valioso de clasificar las convenciones o tratados internacionales en los que figura la cláusula *aut dedere aut judicare* fue realizado recientemente por Mitchell[56]. La autora comienza su obra con el capítulo titulado «Fuentes de la obligación de *aut dedere aut judicare*», en el que ocupan un lugar preponderante las «Convenciones o tratados». Este capítulo está dividido en dos partes principales, «Tratados multilaterales» y «Tratados de extradición», aunque esta clasificación utiliza dos criterios hasta cierto punto incompatibles (el número de partes y la materia del tratado).

53. Al analizar las dos categorías de tratados, Mitchell señala que parte de la doctrina ha sugerido que las cláusulas de extradición o enjuiciamiento aparecen como mínimo en 70 convenciones internacionales de derecho penal (recordando el libro de Bassiouni y Wise antes citado)[57].

54. En el anexo 1 de esa publicación, la autora decidió recordar y citar únicamente 30 convenciones multilaterales y 18 convenciones regionales que abordan la obligación en cuestión. Al igual que en el estudio realizado por Amnistía Internacional, Mitchell considera que la primera convención que incorpora la cláusula de extraditar o juzgar es el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, que establecía dos importantes obligaciones:

[E]n primer lugar, que cuando la legislación de un Estado no admita la extradición de sus nacionales, los nacionales que regresen a su Estado después de haber cometido un delito conforme al Convenio «deberán» ser castigados de la misma manera que si el hecho se hubiese cometido en su territorio;

En segundo lugar, los extranjeros que cometan un delito en el extranjero conforme al Convenio y se encuentren en un país cuya legislación interna admita la aplicación extraterritorial del derecho penal «deberán» ser castigados de la misma manera que si el hecho se hubiese cometido en ese Estado, siempre y cuando se hubiese solicitado la extradición del delincuente y se hubiese denegado por razones ajenas al delito[58].

55. Estos fueron los comienzos del enfoque moderno de la cuestión de la obligación de *aut dedere aut judicare* en el derecho de los tratados. El último tratado universal aludido por Mitchell es la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. La cláusula de extraditar o juzgar que en ella figura (art. 9, párr. 2) establece que

[c]ada Estado parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido.

56. En lo que respecta a las «convenciones o tratados» que abordan la obligación en cuestión celebrados en el período comprendido entre 1929 y 2006, Mitchell menciona algunas convenciones que, en su opinión, han desempeñado el papel más importante en el proceso de formulación moderna de la obligación de *aut dedere aut judicare*. De entre ellas, la autora observa que:

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 incluyen una forma idéntica de cláusula con la obligación de extraditar o juzgar con respecto a infracciones graves, que exige a las Altas Partes Contratantes promulgar la legislación que sea necesaria para imponer sanciones penales eficaces a quienes las cometan con independencia de su nacionalidad y perseguir y enjuiciar a los delincuentes. Como alternativa, el Estado puede tomar la decisión de entregar a estas personas «para que sean juzgadas» por otra Alta Parte Contratante, siempre y cuando el otro Estado haya formulado contra ellas cargos suficientes[59].

57. La autora también destaca que la versión más conocida de la cláusula *aut dedere aut judicare* fue la incluida por primera vez en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, que establece lo siguiente:

Artículo 4, 2: [c]ada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo. […]

Artículo 7: El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.

58. Esta fórmula se ha aplicado «de forma más o menos literal» en otras 15 convenciones multilaterales.

d) *Clasificación de la Secretaría de la Comisión*

59. El estudio más reciente, elaborado por la Secretaría de la Comisión en junio de 2010[60], pretende servir

[55] Ibíd., pág. 65.

[56] Mitchell, *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law.*

[57] Pero, por otro lado, la autora observa acertadamente que no todos esos tratados establecen de hecho una obligación alternativa de esa naturaleza: «Si bien puede haber más de 70 tratados internacionales que exigen que las partes "proscriban, enjuicien o castiguen" una determinada conducta (Bassiouni y Wise [*op. cit.*], pág. 8), muchos menos de esos 70 tratados imponen a los Estados que elijan entre extraditar o juzgar a los delincuentes que se hallen en su territorio. Por ejemplo, en la Convención sobre el Genocidio figura la obligación de que los Estados enjuicien (cuando el genocidio se produjo en su territorio) y extraditen (artículos 3 a 6 y artículo 7, respectivamente), pero no se trata de la obligación de *aut dedere aut judicare*, según la cual se exige al Estado que haga una cosa o la otra. (Por tanto, si una persona que se encuentra en el territorio de un Estado es acusada de cometer genocidio en otro país, aquel Estado puede estar obligado a extraditarla al Estado requirente con el que tenga un tratado de extradición en vigor u otros acuerdos en materia de extradición), pero no está obligado a enjuiciarla, se presente o no una solicitud de extradición)» (ibíd., pág. 9, nota 10).

[58] Ibíd., págs. 9 y 10.

[59] Ibíd., pág. 11.

[60] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/630.

de ayuda a la Comisión facilitándole información sobre convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para su labor sobre el presente tema en el futuro. A este respecto, debe recordarse que el Grupo de Trabajo subrayó esta cuestión en la sección *a*), ii), del marco general propuesto, que se refiere a «la obligación de extraditar o juzgar en los tratados en vigor»[61].

60. La Secretaría realizó un examen exhaustivo de los instrumentos multilaterales, tanto a nivel universal como regional, que permitió identificar 61 instrumentos multilaterales que contenían disposiciones que combinaban la extradición y el enjuiciamiento como métodos alternativos para el castigo de los delincuentes.

61. En el capítulo I del estudio figura una tipología de los instrumentos pertinentes a la luz de esas disposiciones, y se examinan los trabajos preparatorios de ciertas convenciones clave que sirvieron de modelo en esta esfera, así como las reservas formuladas a las disposiciones en cuestión. Asimismo, se señalan las diferencias y semejanzas entre las disposiciones en las distintas convenciones y su evolución.

62. En el capítulo II se proponen varias conclusiones generales en lo que respecta a: *a*) la relación entre extradición y enjuiciamiento en las disposiciones pertinentes; *b*) las condiciones aplicables a la extradición; y *c*) las condiciones aplicables al enjuiciamiento.

63. En el anexo se incluye una lista cronológica de las convenciones identificadas por la Secretaría que contienen disposiciones que combinan la extradición y el enjuiciamiento, con el texto de las disposiciones pertinentes.

64. La tipología propuesta por la Secretaría con miras a ofrecer un examen comparativo del contenido y la evolución de las disposiciones pertinentes en la práctica convencional divide las convenciones que contienen esas disposiciones en cuatro categorías:

a) El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, y otras convenciones que siguen el mismo modelo;

b) Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra 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);

c) Convenciones regionales de extradición;

d) El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, y otras convenciones que siguen el mismo modelo[62].

65. Esta clasificación aúna criterios cronológicos y sustantivos. En primer lugar, refleja en buena medida la evolución en la redacción de las disposiciones que combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento, lo que permite comprender la influencia que ciertos instrumentos (como el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, de 1929, y el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 1970), han ejercido en la práctica convencional y cómo esas disposiciones han cambiado a lo largo del tiempo. En segundo lugar, la clasificación pone de relieve algunas similitudes fundamentales en el contenido de las disposiciones pertenecientes a la misma categoría, facilitando con ello una mejor comprensión de su alcance exacto y de las principales cuestiones que se han examinado al respecto[63].

66. No obstante, debe observarse desde un primer momento que, aunque la clasificación indica algunas tendencias generales en este campo, no debe entenderse en el sentido de que refleja una separación de las disposiciones pertinentes en categorías rígidas: a menudo las convenciones que pertenecen a una misma categoría difieren mucho en cuanto a su contenido, y las técnicas de redacción de algunas convenciones a veces se han empleado en convenciones que pertenecen a una categoría distinta[64].

67. En el capítulo I del estudio, en relación con cada una de las categorías que acaban de indicarse en el párrafo 64 *supra*, la Secretaría menciona una o más convenciones clave que han servido de modelo en su correspondiente esfera y ofrece una descripción del mecanismo para el castigo de los delincuentes previsto en ella, los trabajos preparatorios pertinentes y las reservas que afectan a los efectos jurídicos de las disposiciones que combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento.

68. También se enumeran otras convenciones que pertenecen a cada categoría y se describe cómo han seguido esas convenciones el modelo original —o cómo se han apartado de él—, con información sobre los aspectos pertinentes de los trabajos preparatorios y las reservas.

69. En el capítulo II, titulado «Conclusiones», se realiza una recapitulación de las diferentes variantes de cláusulas que pueden tener relevancia para el estudio del tema tal y como se encuentran en los distintos instrumentos, siguiendo tres criterios temáticos:

a) La relación entre la extradición y el enjuiciamiento derivada de la cláusula (que pone de manifiesto la estructura general y la lógica de dicha cláusula). Desde este punto de vista, las disposiciones pertinentes contenidas en las convenciones multilaterales pueden clasificarse en dos categorías principales: i) las cláusulas que imponen la obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto delincuente se halle en el territorio del Estado, de la que este puede liberarse concediendo la extradición; y ii) las cláusulas en virtud de las cuales la obligación de juzgar solamente es aplicable cuando se deniega la entrega del presunto delincuente tras una solicitud de extradición (cláusulas que imponen la obligación de juzgar solo cuando se ha solicitado y denegado la extradición);

b) Las condiciones aplicables a la extradición;

c) Las condiciones aplicables al enjuiciamiento.

Posteriormente se ofrecen algunas conclusiones generales derivadas del examen de la labor previa de la Comisión sobre temas conexos y la práctica convencional con respecto a la obligación de extraditar o juzgar.

[61] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 204.

[62] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/630, párr. 7.

[63] Ibíd., párr. 8.

[64] Ibíd.

2. Artículo 3. El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar

70. El tercer proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial en su tercer informe[65] abordaba el tema de los tratados como fuente de la obligación de extraditar o juzgar. Esta propuesta ya había sido formulada por el Relator Especial en su segundo informe, y dado que no recibió objeciones ni en la CDI ni en la Sexta Comisión, da la impresión de que el texto del párrafo 1 de ese proyecto de artículo podría ser el siguiente:

«*Artículo 3. El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar*

1. Todo Estado está obligado a extraditar o juzgar a los presuntos culpables de un delito si dicha obligación está prevista en un tratado en que el Estado sea parte.»

71. Ahora bien, teniendo en cuenta la variedad y diversidad de disposiciones relativas a la obligación en cuestión que figuran en los tratados concretos (véanse los párrafos 43 a 69 *supra*), parecería útil añadir un segundo párrafo referido al cumplimiento y la aplicación de esa obligación en la práctica por parte de los distintos Estados. El párrafo 2 podría estar redactado de la siguiente forma:

«2. El derecho interno del Estado parte contemplará las condiciones concretas para el ejercicio de la extradición o el enjuiciamiento, de conformidad con el tratado que establezca esa obligación y los principios generales del derecho penal internacional.»

72. El examen presentado anteriormente sobre las diversas clasificaciones de tratados internacionales que contienen las cláusulas pertinentes y formulan la obligación en cuestión, así como el número creciente de esos tratados, respaldan la confirmación formal de este primer fundamento jurídico de la obligación de extraditar o juzgar, que es el que se alega con más frecuencia.

73. Los derechos convencionales invocados por los Estados ante los tribunales internacionales en relación con esta obligación también parecen ser el instrumento jurídico más útil aplicado por las partes en cualquier controversia. Esta es la situación que se produjo en el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica *c.* Senegal) sustanciado ante la CIJ (véanse los párrafos 37 y 38 *supra*).

C. El principio *aut dedere aut judicare* como norma del derecho internacional consuetudinario

74. Aunque la fórmula incluida en el título de la presente sección ha sido cuestionada por muchos especialistas y numerosos Estados, parece haber recibido un importante respaldo en los últimos años. Tal como ha señalado la doctrina:

> En principio, la obligación de extraditar o juzgar también puede proceder del derecho internacional consuetudinario. Este derecho, que es tan vinculante para los Estados como el derecho de los tratados, deriva de una práctica general y reiterada de los Estados, que estos siguen por estar convencidos de su obligatoriedad jurídica, lo que se conoce como *opinio iuris*. En los últimos años, varios autores destacados, incluidos C. Bassiouni, L. Sadat, C. Edelenbos, D. Orentlicher y N. Roht-Arriaza, han alegado que el derecho internacional consuetudinario impone la obligación de enjuiciar a los acusados de crímenes de lesa humanidad.
>
> Esos autores reconocen que gran parte de la práctica de los Estados se refiere a amnistías y acuerdos sobre exilio, aunque consideran que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las declaraciones exhortatorias de las conferencias internacionales y los informes del Secretario General de las Naciones Unidas, demuestran que existe una norma incipiente que exige el enjuiciamiento de quienes cometen delitos de lesa humanidad[66].

75. Quienes invocan una obligación de extraditar o juzgar derivada del derecho internacional consuetudinario a menudo citan la Declaración sobre el Asilo Territorial, de 1967, como el primer documento en el que se reconoce internacionalmente una obligación dimanante del derecho consuetudinario que impone el enjuiciamiento de los autores de crímenes de lesa humanidad. El artículo 1, párr. 2, de la Declaración establece que

> [n]o podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de este ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un [...] delito contra la humanidad[67].

76. Sin embargo, tal como ponen de manifiesto los antecedentes del proceso de elaboración de esta resolución:

> La mayoría de los miembros destacaron que el proyecto de declaración que se estaba examinando no tenía por objeto postular normas jurídicas ni cambiar las normas vigentes del derecho internacional, sino establecer principios humanitarios y morales amplios en los que pudieran confiar los Estados en la labor de unificación de sus prácticas en relación con el asilo[68].

77. Esta afirmación sugiere que, desde el principio, las resoluciones de la Asamblea General y otros instrumentos internacionales no vinculantes relativos al enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad únicamente eran una expresión de deseos y no tenían por objeto crear obligaciones jurídicas[69].

D. Carácter consuetudinario de la obligación en los debates celebrados en la Sexta Comisión durante el sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General (2009)

78. Aunque la cuestión del posible carácter consuetudinario de la obligación de *aut dedere aut judicare* se ha debatido en la Sexta Comisión en todos los períodos de sesiones de la Asamblea General desde 2006, incluido el sexagésimo quinto período de sesiones (véase el párrafo 18 *supra*), los debates sobre este tema en el seno de la Sexta Comisión fueron especialmente concienzudos y provechosos en 2008.

79. Algunas delegaciones consideraron que la fuente de la obligación de extraditar o juzgar no se limitaba a los tratados internacionales y era de naturaleza consuetudinaria, en particular respecto de los delitos internacionales

---

[65] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/603, párr. 123.

[66] Scharf, «Aut dedere aut iudicare», párrs. 6 y 7.

[67] Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1967.

[68] *Yearbook of the United Nations 1967* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.68.I.1), págs. 758 y 759.

[69] Scharf, *loc. cit.*, párr. 8.

graves[70]. Entre los delitos mencionados por algunas delegaciones en este contexto figuraban la piratería[71], la trata de esclavos, el *apartheid*, el terrorismo, la tortura, la corrupción, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra[72].

80. Por el contrario, otras delegaciones estimaron que tal obligación no existía al margen de las disposiciones de los tratados internacionales[73]. Se señaló, a este respecto, que el carácter consuetudinario de la obligación no podía inferirse de la existencia de normas consuetudinarias que prohibían determinados delitos internacionales[74]. Según algunas delegaciones, era posible que estuviera surgiendo una norma consuetudinaria en ese ámbito[75]. También se señaló que, en cualquier caso, la obligación sería aplicable a una categoría limitada de delitos[76].

81. Muchas delegaciones se mostraron partidarias de que la Comisión estudiara más en profundidad la cuestión de la posible fuente consuetudinaria de la obligación, así como los delitos a los que se aplicaba[77]. Se señaló que, a tal efecto, la Comisión debía basarse en un análisis sistemático de la práctica de los Estados en la materia[78], incluidos los tratados internacionales[79], la legislación interna[80] y las decisiones judiciales tanto nacionales como internacionales[81]. Aunque algunas delegaciones sostuvieron que la falta de información procedente de los gobiernos no debía demorar la labor de la Comisión[82], otras la instaron a que dejara suficiente tiempo para recibir y evaluar la información de los gobiernos[83].

[70] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, Hungría, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 33; México, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 58; Cuba, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 30; República Islámica del Irán, ibíd., párr. 47; y Uruguay, 25.ª sesión (A/C.6/63/SR.25), párr. 13.

[71] República Islámica del Irán, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 47.

[72] Hungría, ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 33, Cuba, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 30, y Uruguay, 25.ª sesión (A/C.6/63/SR.25), párr. 13.

[73] Alemania, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 58; República de Corea, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 26; Reino Unido, ibíd., párr. 68; Malasia, ibíd., párr. 81; Estados Unidos, ibíd., párr. 88; Israel, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 74; y Jamaica, ibíd., párr. 79.

[74] Alemania, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 59; y República Islámica del Irán, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 47.

[75] Rumania, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 83.

[76] Reino Unido, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 68; y Canadá, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 60.

[77] Hungría, ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 33; Finlandia, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 57; Países Bajos, ibíd., párr. 65; República de Corea, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR. 23), párr. 26; Japón, ibíd., párr. 43; México, ibíd., párr. 58; Reino Unido, ibíd., párr. 68; Nueva Zelandia, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 13; Italia, ibíd., párr. 23; Cuba, ibíd., párr. 29; Polonia, ibíd., párr. 58; Argentina, ibíd., párr. 69; y Portugal, 25.ª sesión (A/C.6/63/SR.25), párr. 8.

[78] Hungría, ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 33; Reino Unido, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 68; Estados Unidos, ibíd., párr. 89; Nueva Zelandia, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 13 y declaración; Cuba, ibíd., párr. 29; Argentina, ibíd., párr. 69; Rumania, ibíd., párr. 83; e Italia, ibíd., párr. 23.

[79] Italia, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 23.

[80] Hungría, ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 33; Cuba, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 29; Argentina, ibíd., párr. 69.

[81] Alemania, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 59; Reino Unido, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 68 y Cuba, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 29.

[82] Finlandia, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 56.

[83] Estados Unidos, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 89; Polonia, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 58; y Argentina, ibíd., párr. 69.

E. Base consuetudinaria de los derechos invocados ante la CIJ

82. La presentación más exhaustiva del fundamento consuetudinario de la obligación de *aut dedere aut judicare* fue llevada a cabo por Eric David en el mencionado caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica *c.* Senegal) sustanciado en 2009 ante la CIJ. Su declaración en la audiencia pública de 6 de abril de 2009 sobre el fundamento consuetudinario de los derechos invocados por Bélgica parece tan importante que merece la pena ser citada íntegramente a continuación:

> 19. La norma *judicare vel dedere* es una norma de derecho internacional consuetudinario expresada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Comisión de Derecho Internacional. En su resolución 3074 (XXVIII), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin ningún voto en contra, el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea proclama:
>
> > «1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, *dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas» (sin cursiva en el original).
>
> 20. Asimismo, la Comisión de Derecho Internacional, en el artículo 9 de su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en 1996, afirma lo siguiente:
>
> > «Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17 [crimen de genocidio], 18 [crímenes contra la humanidad], 19 o 20 [crímenes de guerra] *concederá la extradición de esa persona o la juzgará*» (sin cursiva en el original).
>
> 21. El preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional confirma lo anteriormente indicado: los Estados partes en el Estatuto (y, como ya se ha señalado esta mañana, este es el caso tanto del Senegal como de Bélgica) afirman
>
> > «que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia» (cuarto considerando);
>
> A continuación los Estados partes declaran (también en el preámbulo) que están «decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes» (quinto considerando).
>
> Por último, los Estados partes en el Estatuto recuerdan «que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales» (sexto considerando).
>
> Estos pasajes extraídos del preámbulo [del Estatuto] de la Corte Penal Internacional son significativos: está claro que, por medio de la redacción formal y solemne empleada, los Estados ponen de manifiesto que consideran que esta es la *opinio iuris* de la comunidad internacional, es decir, la obligación de enjuiciar a los presuntos autores de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes de genocidio, todos los cuales están contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (arts. 6 a 8).
>
> Al repetir la misma idea (combatir la impunidad) tres veces, los Estados simplemente desean expresar la fuerza y el alcance incontestable de la norma consuetudinaria que exige el enjuiciamiento de los presuntos autores de los crímenes anteriormente mencionados.
>
> 22. Además de estas normas, rigen las normas convencionales enumeradas más arriba, puesto que no hay duda de que los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención contra la Tortura de 1984 también son expresión del derecho internacional consuetudinario. Obviamente, huelga recordar a la Corte, por ejemplo, que ha afirmado que los Convenios de Ginebra constituyen «*principios intransgredibles del*

derecho internacional consuetudinario» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 257, párr. 79). Se podría aplicar un razonamiento similar con respecto a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Además, el Senegal, al igual que Bélgica, reconoce que el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son infracciones penales de naturaleza consuetudinaria, porque así se dispone en la exposición de motivos de la ley senegalesa mencionada más arriba que incorpora estos delitos en el Código Penal del Senegal, lo cual supone la «incorporación de normas internacionales de origen convencional y consuetudinario» que, conforme a esa exposición, tienen «carácter de *jus cogens*» (no son mis propias palabras, sino las que figuran en la exposición de motivos de la citada ley senegalesa).

23. En resumen, [...] al igual que el derecho internacional convencional, el derecho internacional consuetudinario exige a los Estados que juzguen o extraditen a los autores de los crímenes de derecho internacional a los que se ha hecho referencia. Puesto que esta obligación debe ser cumplida por el Estado al que se impone frente a todos los demás Estados, Bélgica tiene derechos que constituyen el corolario de la obligación consuetudinaria del Senegal en la causa del Sr. Hissène Habré: es decir, y ruego a la Corte que me disculpe por reiterarlo de nuevo, el derecho a que el Senegal enjuicie directamente al Sr. Hissène Habré o, en su defecto, el derecho a que lo extradite[84].

83. Asimismo, se puede encontrar una formulación más condensada en la demanda que Bélgica interpuso el 16 de febrero de 2009, en la que incoaba la instancia y se invocaba la base consuetudinaria de la obligación de juzgar o extraditar a Hissène Habré[85].

F. Determinación de las categorías de crímenes y delitos que pueden considerarse el origen de la obligación consuetudinaria de aut dedere aut judicare

84. Existen diferentes clasificaciones de los crímenes en el derecho internacional y de los crímenes de derecho interno que tienen trascendencia internacional. El elemento internacional de estos crímenes ofrece la posibilidad de reprimirlos en el ámbito internacional. La represión de estos crímenes puede llevarse a cabo mediante la aplicación de la jurisdicción universal o aplicándoles la obligación de *aut dedere aut judicare*.

85. Cuando el fundamento para la aplicación de esa obligación tiene carácter convencional, la situación parece relativamente sencilla, aunque en la práctica dicha aplicación dependerá de la existencia o no de condiciones convencionales particulares, como una solicitud previa de extradición antes del ejercicio de la jurisdicción universal. En las observaciones presentadas por Bélgica a la Comisión en 2009, es posible incluso encontrar una clasificación específica de esos tratados en la que se distinguen los que incluyen una cláusula *aut dedere aut judicare* en el sentido clásico del término y los que contienen una cláusula *judicare vel dedere*[86].

86. Por otro lado, es mucho más complicado y difícil encontrar y probar la existencia de un fundamento consuetudinario de la obligación en cuestión, en relación tanto con una obligación en general como con categorías específicas y limitadas de crímenes. Dado que, como se ha puesto de manifiesto en informes anteriores, en la situación actual es bastante difícil probar la existencia de una obligación internacional consuetudinaria general de extraditar o juzgar, debería centrarse la atención en determinar las categorías concretas de crímenes que pueden dar lugar a esa obligación consuetudinaria, reconocida como vinculante por la comunidad internacional de Estados, aunque limitada en su alcance y su contenido.

87. Como se mencionó en informes anteriores, ha habido numerosos intentos de determinar los crímenes de trascendencia internacional que pueden considerarse fundamento consuetudinario suficiente para la aplicación del principio *aut dedere aut judicare*. También es importante la necesidad de distinguir entre delitos comunes, tipificados en los ordenamientos internos de los Estados, y una forma «cualificada» de esos delitos o crímenes, que reciben diferentes nombres, como crímenes internacionales, crímenes de trascendencia internacional, infracciones graves, o crímenes contra el derecho internacional humanitario, entre otros. Puede considerarse que estos últimos crímenes, en concreto, que poseen una combinación de elementos adicionales de alcance internacional o un carácter de especial gravedad, constituyen un fundamento consuetudinario suficiente para la aplicación de la obligación de *aut dedere aut judicare*.

88. La cuestión que se plantea es si esa «internacionalización» de los crímenes les permite quedar subordinados

[84] CIJ, CR 2009/08, párrs. 19 a 23.

[85] En el párrafo 12 de la demanda de Bélgica figura la siguiente declaración:

«Según el derecho internacional consuetudinario, el que el Senegal no juzgara ni tampoco extraditara a Bélgica al Sr. H. Habré para que respondiera de los delitos de lesa humanidad que se alegaban en su contra suponía una violación del deber general de castigar los crímenes contra el derecho internacional humanitario, recogido en numerosos textos de derecho derivado (actos institucionales de las organizaciones internacionales) y el derecho de los tratados.

Los crímenes imputados al Sr. H. Habré pueden considerarse crímenes de lesa humanidad. Durante el tiempo que el Sr. H. Habré fue Presidente del Chad (1982-1990), se aplicó una política generalizada de violaciones de los derechos humanos contra los opositores políticos, sus familiares y los integrantes de determinados grupos étnicos: los hadjerai en 1987 y los zaghawa en 1989. Según un informe de 1992 del Comité Nacional de Investigación del Ministerio de Justicia del Chad, más de 40.000 personas fueron ejecutadas sumariamente o fallecieron durante su arresto.

Estos actos se adecuan a la definición de crímenes de lesa humanidad, en concreto, asesinatos y actos de tortura cometidos "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil"; estos elementos definidores de los crímenes de lesa humanidad son un reflejo del derecho internacional consuetudinario tal como está plasmado), por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 7), que es un instrumento vinculante para el Senegal y Bélgica desde el 2 de febrero de 1999 y el 26 de junio de 2000, respectivamente.

La obligación de enjuiciar a los autores de esos crímenes figura en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (véase, por ejemplo, la resolución 3074 (XXVIII)), párr. 1), en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996 (artículo 9), y en numerosos llamamientos de la comunidad internacional para combatir la impunidad (véase, por ejemplo, el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, considerandos cuarto a sexto, el Acta Constitutiva de la Unión Africana, artículo 4, *c*), y varias resoluciones del Consejo de Seguridad).»

[86] En las observaciones de Bélgica (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/612, párr. 2), se distinguen dos tipos de tratados, con objeto de diferenciar dos tipos de obligaciones:

«*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 *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 *judicare vel dedere*.»

a la obligación de «extraditar o juzgar» con todas sus consecuencias. A la hora de responder a esta pregunta, puede tenerse en cuenta la siguiente opinión de Schabas:

> [E]l resultado del reconocimiento de un delito como crimen internacional es que impone obligaciones a los Estados con respecto a la investigación, el enjuiciamiento y la extradición. Para dar esta idea, en ocasiones se utiliza la expresión latina *aut dedere aut iudicare*[87].

89. Un intento interesante de determinar esas categorías específicas de crímenes ha sido el de la Comisión, que en el artículo 9 de su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en 1996, caracterizó a determinados tipos de crímenes como aquellos que al cometerse generan la necesidad de cumplir la obligación de extraditar o juzgar. Dicho proyecto de artículo establece que

> el Estado parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17 [crimen de genocidio], 18 [crímenes contra la humanidad], 19 [crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado] o 20 [crímenes de guerra] concederá la extradición de esa persona o la juzgará[88].

90. Otro paso importante en la determinación de posibles fundamentos consuetudinarios adicionales para aplicar el principio *aut dedere aut judicare* fue la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en 1998. Aparte de que en su preámbulo se destaca la necesidad de que la comunidad internacional en su conjunto luche contra la impunidad de los crímenes más graves y el deber de todos los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, el Estatuto ofrece en el artículo 5 una clasificación jurídica de los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte. Entre estos crímenes figuran: *a*) el crimen de genocidio; *b*) los crímenes de lesa humanidad; *c*) los crímenes de guerra; y *d*) el crimen de agresión.

91. Puede considerarse que las tres primeras categorías de crímenes, que siguen en gran medida el modelo elaborado por la Comisión en el mencionado proyecto de código de 1996 (véase el párrafo 89 *supra*), constituyen un buen listado de normas consuetudinarias aptas para fundamentar la obligación de extraditar o juzgar. Sin embargo, a tal efecto, parece que los crímenes en cuestión (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) deberían tener características específicas, contempladas en los artículos 6 a 8 del Estatuto, además de adecuarse a la descripción de cada delito prevista en el derecho penal general[89].

G. El *jus cogens* como fuente de la obligación de extraditar o juzgar

92. Algunos autores han sugerido que el concepto de *jus cogens* en derecho internacional también puede dar lugar a una obligación de extraditar o juzgar. Por tanto, según el concepto de *jus cogens*, se prohíbe a los Estados que cometan crímenes de lesa humanidad y todo acuerdo internacional entre Estados para facilitar la comisión de estos crímenes sería nulo de pleno derecho. Asimismo, cada vez existe un mayor grado de reconocimiento de que todos los Estados tienen derecho a enjuiciar o a admitir procedimientos civiles contra los autores de crímenes de *jus cogens* que se encuentren en su territorio después de haberlos cometido. Partiendo de esta idea y siguiendo un razonamiento lógico, algunos autores alegan que el concepto de *jus cogens* también crea la obligación de extraditar o juzgar a quienes hayan cometido crímenes de lesa humanidad[90].

93. En cierta medida, se puede encontrar apoyo a este punto de vista en la opinión consultiva de la CIJ de 9 de julio de 2004 *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. En ese asunto, la Corte afirmó lo siguiente:

> Habida cuenta del carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados, la Corte opina que todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluidas Jerusalén Oriental y sus alrededores. Asimismo, tienen la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción[91].

94. Aunque evidentemente hay algunas normas en el ámbito del derecho penal internacional que han alcanzado la condición de normas de *jus cogens* (como la prohibición de la tortura) y se basan no solamente en lo dispuesto en los tratados, sino también en el reconocimiento de su carácter consuetudinario, existen ciertas dudas sobre si la obligación de *aut dedere aut judicare* derivada de esas normas imperativas reúne también los elementos característicos del *jus cogens*. Existen diferentes opiniones en la doctrina sobre esta interdependencia.

H. Artículo 4. La costumbre internacional como fuente de la obligación de *aut dedere aut judicare*

95. Partiendo de la exposición y el análisis que se ofrece en las secciones D a G del presente informe, el Relator Especial propone añadir el siguiente proyecto de artículo al conjunto de proyectos de artículos relativos a la obligación de *aut dedere aut judicare*:

«*Artículo 4. La costumbre internacional como fuente de la obligación de* aut dedere aut judicare

1. Todos los Estados tienen la obligación de extraditar o juzgar a un presunto delincuente si esa obligación deriva de las normas consuetudinarias del derecho internacional.»

---

[87] Schabas, *The UN Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, pág. 158.

[88] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 34.

[89] «*Artículo 6: Genocidio*. [...] [S]e entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal».

«*Artículo 7: Crímenes de lesa humanidad*. [...] [S]e entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque».

«*Artículo 8: Crímenes de guerra*. 1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": *a*) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente».

[90] Scharf, *loc. cit.*, párrs. 14 y 17.

[91] *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 200, párr. 159.

2. Esa obligación puede proceder, en particular, de las normas consuetudinarias del derecho internacional relativas a [las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra].

3. La obligación de extraditar o juzgar surgirá de toda norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados (*jus cogens*), en forma de tratado internacional o de costumbre internacional, que tipifique cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2.

96. La lista de crímenes y delitos que figura en el párrafo 2 parece seguir abierta y sujeta a ulterior examen y debate.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/643*

Cuarto informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial

[Original: francés/inglés]
[11 de mayo de 2011]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		217
Obras citadas en el presente informe		218
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-27	219
A. Comentarios de los gobiernos	1-26	219
B. Acontecimientos conexos	27	222
Capítulo		
I. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO AFECTADO DE RECABAR ASISTENCIA CUANDO SE SUPERE SU CAPACIDAD NACIONAL DE RESPUESTA	28-50	222
A. Responsabilidad del Estado afectado respecto de las personas que se encuentran en su territorio	32-35	223
B. Cooperación	36-39	224
C. Formulaciones de la obligación específica de recabar asistencia	40-50	225
Proyecto de artículo 10. Obligación del Estado afectado de recabar asistencia	45	226
II. OBLIGACIÓN DEL ESTADO AFECTADO DE NO DENEGAR ARBITRARIAMENTE SU CONSENTIMIENTO PARA LA ASISTENCIA EXTERNA	51-77	227
Proyecto de artículo 11. Obligación del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento	77	231
III. DERECHO A OFRECER ASISTENCIA EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	78-109	231
A. Ofrecimientos de asistencia de Estados no afectados	88-95	232
B. Ofrecimientos de asistencia de organizaciones internacionales y otros agentes humanitarios	96-106	234
C. No injerencia	107-109	235
Proyecto de artículo 12. Derecho a ofrecer asistencia	109	235

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención (I) para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales (La Haya, 18 de octubre de 1907)	James Brown Scott (ed.), *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 41.
Convención (VIII) relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibíd., pág. 151.

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/643/Corr.1.

	Fuente
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, n.os 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., n.º 17513, pág. 642.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 171.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Tratado de Amistad y Cooperación en el Asia Sudoriental (Denpasar (Bali), 24 de febrero de 1976)	Ibíd., vol. 1025, n.º 15063, pág. 297.
Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1457, n.º 24643, pág. 187.
Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Addis Abeba, 11 de julio de 1990)	OUA, documento CAB/LEG/24.9/49 (1990).
Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (Santiago, 7 de junio de 1991)	OEA, *Documentos Oficiales*, 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, *Recueil des Traités*, 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)	ASEAN *Documents Series 2005*, pág. 157.
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2515, n.º 44910, pág. 3.

Obras citadas en el presente informe

Bothe, Michael

«Relief Actions», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law,* Amsterdam, Elsevier, 2000, págs. 168 a 174.

CICR

Proyectos de Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comentarios, Ginebra, CICR, 1973.

Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Ginebra, CICR, 1986.

Hardcastle, Rohan J. y Adrian T. L. Chua

«Asistencia humanitaria: hacia el derecho de tener acceso a las víctimas de desastres naturales», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 148, diciembre de 1998, págs. 633 a 654.

Instituto de Derecho Internacional

«La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats», *Annuaire*, vol. 63, t. II, sesión de Santiago de Compostela, 1989, París, Pedone, 1989, págs. 338 a 344.

«L'assistance humanitaire. Travaux préparatoires», *Annuaire*, vol. 70, parte I, sesión de Brujas, 2003: primera parte, París, Pedone.

«L'assistance humanitaire», *Annuaire*, vol. 70, parte II, sesión de Brujas, 2003: segunda parte, París, Pedone.

Instituto Internacional de Derecho Humanitario

«Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 120, noviembre-diciembre de 1993, págs. 548 a 555.

Lauterpacht, E. (ed.)

International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht, vol. 2, parte 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Ramcharan, B. G.

«The Concept and Dimension of the Right to Life», en B. G. Ramcharan (ed.), *The Right to Life in International Law* (1985), págs. 1 a 31, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.

Schindler, Dietrich

«The right to humanitarian assistance: right and/or obligation?», *Colloque international sur le droit à l'assistance humanitaire*, SHS-95/CONF.805/6, París, UNESCO, 1995.

Introducción*

A. Comentarios de los gobiernos

1. En el 62.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, celebrado en 2010, el Relator Especial presentó su tercer informe sobre la protección de las personas en casos de desastre[1]. En ese informe, el Relator Especial ofreció una sinopsis de los comentarios de los Estados y la FICR, formulados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, sobre la labor realizada hasta entonces por la CDI. A continuación, el Relator Especial examinó los principios que inspiraban la protección de las personas en casos de desastre, en su aspecto relacionado con las personas que necesitan protección, y la cuestión de la responsabilidad del Estado afectado. En el informe se hacían propuestas para otros tres proyectos de artículos sobre los principios humanitarios en la respuesta a los desastres (art. 6), la dignidad humana (art. 7) y la responsabilidad primordial del Estado afectado (art. 8).

2. La Comisión examinó el tercer informe en sus sesiones 3054.ª a 3057.ª, celebradas del 1 al 4 de junio de 2010[2], y remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículos 6 a 8.

3. Además, en su 3057.ª sesión, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1 a 5, que había examinado en su anterior período de sesiones, tal como se habían transmitido al pleno en el informe presentado por la Presidencia del Comité de Redacción el 30 de julio de 2009. Asimismo, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de artículos 1 a 5 en su 3072.ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2010[3]. El texto de los proyectos de artículos 1 a 5, con los comentarios correspondientes, figura en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 62.º período de sesiones[4].

4. El Comité de Redacción, a la vista del debate celebrado en la sesión plenaria y considerando que los tres proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial en su tercer informe incorporaban conceptos bien diferenciados que requerían un tratamiento por separado, aprobó provisionalmente los cuatro proyectos de artículos adicionales siguientes: principios humanitarios en la respuesta a los desastres (art. 6); dignidad humana (art. 7); derechos humanos (art. 8); y papel del Estado afectado (art. 9).

5. Los cuatro proyectos de artículos nuevos fueron remitidos al pleno en un informe general presentado por la Presidencia del Comité de Redacción a la 3067.ª sesión de la Comisión el 20 de julio de 2010. Debido a la falta de tiempo para la preparación y aprobación de los correspondientes comentarios, la Comisión tomó nota en esa sesión de que los proyectos de artículos 6 a 9 habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. El texto de los cuatro proyectos de artículos se incorporó a un documento de la Comisión[5] y al mencionado informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 62.º período de sesiones[6].

6. En octubre y noviembre de 2010, en el sexagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial y el debate celebrado al respecto en la CDI, prestando especial atención a los nueve proyectos de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre que esta última había elaborado previamente[7]. Algunos Estados abordaron los proyectos de artículos 1 a 5, junto con los comentarios aprobados por la Comisión, así como los proyectos de artículos 6 a 9, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Otros Estados limitaron sus comentarios a los proyectos de artículos 6 a 8 tal como habían sido propuestos inicialmente por el Relator Especial. Los Estados acogieron favorablemente los progresos realizados por la Comisión en un breve período de tiempo y de nuevo destacaron la importancia y oportunidad del tema.

7. Por lo que se refiere al ámbito general del tema, se estuvo de acuerdo en que en el comentario del proyecto de artículo 1 se hiciera hincapié en los derechos y obligaciones de los Estados en relación con las personas necesitadas de protección[8], incluso en la fase previa al desastre, en lo relativo a la reducción de los riesgos de desastre y las actividades de prevención y mitigación de desastres, como sucedía en el párrafo 4 del comentario[9]. También se manifestó la opinión de que el ámbito *ratione personae* del proyecto de artículos se centrara en las personas físicas y no incluyera a las personas jurídicas[10]. Además, se sugirió que se estableciera una disposición respecto de las diversas cuestiones y responsabilidades que podían surgir para los Estados que prestaban asistencia y los Estados de tránsito[11].

---

* El Relator Especial expresa su agradecimiento por la asistencia que le prestaron en la preparación del presente informe a René Urueña, doctor y director del Programa de Derecho Internacional, y Santiago Rojas, doctorando en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá; Arjen Vermeer, doctorando, T.M.C. Asser Institute, La Haya; Stefanie Jansen, doctoranda, Facultad de Derecho de la Universidad de Tilburg (Países Bajos); Emma Dunlop, máster en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York; Juan Carlos Ochoa, doctor e investigador posdoctoral invitado del Instituto Raoul Wallenberg de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, y Lucy Patchett, maestranda en derecho, Universidad de Lund (Suecia); Emika Tokunaga, doctoranda e investigadora invitada de la Facultad de Política Pública Internacional de la Universidad de Osaka (Japón); y Paul R. Walegur, La Haya.

[1] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/629.

[2] Ibíd., vol. I.

[3] Ibíd.

[4] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 331.

[5] Documento A/CN.4/L.776, mimeografiado.

[6] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), nota 1334.

[7] El resumen del debate celebrado en la Sexta Comisión que figura a continuación (párrs. 7 a 25) presenta similitudes inevitables con el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo quinto período de sesiones (A/CN.4/638), párrs. 75 a 95. No obstante, se ha considerado útil incluirlo puesto que, a diferencia del resumen de la Secretaría, menciona por su nombre a los Estados que formularon declaraciones, con referencia a las actas correspondientes de la Sexta Comisión.

[8] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión*, Suiza, 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 36.

[9] Tailandia, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 71; véase también Cuba, ibíd., párr. 94 y Polonia, ibíd., párr. 99; la FICR señaló que «el hecho de tratar el papel de los agentes de la sociedad civil en la respuesta a los desastres únicamente de una manera secundaria, tal como ocurre en el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 1 indicado, daría lugar a un desfase crítico», 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 47.

[10] Irlanda, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 53.

[11] Ibíd.

8. En lo que respecta al objeto del proyecto de artículo 2, se manifestó apoyo a las palabras «una respuesta eficaz y adecuada», que se consideraban esenciales para proteger a las personas en situaciones de desastre, así como a las palabras «respetando plenamente sus derechos», referencia que abarcaba no solo los derechos humanos fundamentales, sino también los derechos adquiridos[12].

9. Algunos Estados se mostraron de acuerdo con delimitar la definición de desastre de modo que excluyera otros acontecimientos graves que pudieran perturbar el funcionamiento de la sociedad[13]. Se expresó preocupación por que el umbral fijado por el proyecto de artículo 3 fuera demasiado alto al exigir una «grave» perturbación del funcionamiento de la sociedad[14] y, como consecuencia de ello, se excluyeran desastres que no produjeran una perturbación de la sociedad en su conjunto, lo que implica que no surgiría la obligación del gobierno de proteger en estos casos[15]. También se señaló que si «pérdidas masivas en vidas humanas, grandes sufrimientos y angustia a seres humanos o daños materiales o ambientales de gran magnitud» constituían únicamente tres resultados posibles entre otros, tal como se explicaba en el comentario, debían ir precedidos de la expresión «entre otras cosas»[16]. Asimismo, se sugirió que se definiera el concepto de «respuesta humanitaria»[17].

10. Se expresó la opinión de que el proyecto de artículo 4 sobre la relación con el derecho internacional humanitario debería interpretarse en el sentido de permitir la aplicación del proyecto de artículos en situaciones de conflicto armado en la medida en que no se aplicaran las normas de derecho internacional vigentes[18]. Además, se señaló que para futuros trabajos convendría que se siguiera distinguiendo en función de que existiera o no un conflicto armado en casos de desastre[19].

11. Con respecto a la obligación de cooperar contemplada en el proyecto de artículo 5, se expresó apoyo a la referencia a la cooperación con las organizaciones internacionales y no gubernamentales y se pidió a la Comisión que considerara la posibilidad de formular disposiciones que se ocuparan de las cuestiones concretas que planteaba la cooperación con tales organizaciones[20].

12. Algunos Estados se mostraron de acuerdo con la inclusión de los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad en el proyecto de artículo 6, puesto que esos principios incorporaban elementos que, pese a superponerse en gran medida entre sí, resultaban útiles para precisar la base de la conducta de un tercer Estado respecto de un desastre que ocurriera en otro Estado[21]. Se propuso que la Comisión considerara hacer una referencia al principio de independencia, el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados y el principio de no discriminación[22].

13. Se manifestó la opinión de que el principio de humanidad era un principio rector importante y separado[23]. También se señaló que no quedaba claro qué comprendía el principio de humanidad, que podía confundirse con la idea de la dignidad humana contemplada en el proyecto de artículo 7 y, por tanto, se propuso que la Comisión examinara la relación entre los proyectos de artículos 6 y 7[24]. Asimismo, se sugirió que era preferible incluir este proyecto de artículo en una parte declaratoria del instrumento, como el preámbulo[25].

14. Algunos Estados se mostraron de acuerdo en que el principio de neutralidad tenía especial importancia para garantizar que quienes prestaran asistencia desarrollaran sus actividades con el único objetivo de responder al desastre de conformidad con los principios humanitarios y no con el propósito de interferir en los asuntos internos de los Estados afectados[26]. Varios Estados manifestaron su preocupación por que la estrecha vinculación entre el principio de neutralidad y los conflictos armados diera lugar a confusión y a complicaciones innecesarias, puesto que, aun cuando se interpretara de manera más amplia, la neutralidad presuponía la existencia de dos partes enfrentadas, lo que no era el caso en el contexto de los desastres[27]. También se señaló que, en ausencia de conflicto armado, la imparcialidad y la no discriminación abarcarían el mismo contenido que la neutralidad[28].

15. Se destacó la importancia del principio de imparcialidad y, en cuanto al componente de proporcionalidad de este principio, se afirmó que la respuesta a un desastre debería ser proporcional a las necesidades prácticas de las

---

[12] El Salvador, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 63.

[13] Suiza, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 36 y El Salvador, 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 64.

[14] Suiza, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 36 y Tailandia, 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 72; véase también Irlanda, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 54.

[15] Suiza, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 36.

[16] Tailandia, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 72.

[17] Francia, ibíd., párr. 84.

[18] El Salvador, ibíd., párr. 64; compárese con Cuba, ibíd., párr. 94 y Colombia, ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/65/SR.20), párr. 74 (que observaron que los desastres derivados de situaciones de conflicto armado debían excluirse del alcance del proyecto de artículos de la Comisión).

[19] Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 32.

[20] Mónaco, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 88; Cuba, ibíd., párr. 94 e Irlanda, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 54; véase también República Islámica del Irán, ibíd., párr. 37; la FICR señaló que «[o]tro problema en relación con la labor que se realiza en lo concerniente al proyecto de artículos es el hecho de que no se hace ninguna distinción entre la respuesta a los desastres en los planos nacional e internacional», 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 48.

[21] Suiza, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 37; Grecia, ibíd., párr. 50; República Checa, 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 24; Mónaco, ibíd., párr. 87; Polonia, ibíd., párr. 100 y República Islámica del Irán, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 37.

[22] República Checa, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 24 y Tailandia, ibíd., párr. 70 (con énfasis en el principio de independencia); Federación de Rusia, ibíd., párr. 56 (con énfasis en el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados); Hungría, 21.ª sesión (A/C.6/65/SR.21), párr. 33; Irlanda, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 55 e India, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 35 (con énfasis en el principio de no discriminación).

[23] Países Bajos, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 44.

[24] Francia, ibíd., párr. 84.

[25] Grecia, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 50.

[26] Suiza, ibíd., párr. 37; China, 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 62; Pakistán, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 57 y Sri Lanka, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 43; véase también Federación de Rusia, 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 56.

[27] Portugal, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 11 e Irlanda, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 55; véase también Austria, 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 38.

[28] Estonia, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 68 y Mónaco, ibíd., párr. 87; véase también Austria, ibíd., párr. 38.

regiones y los pueblos afectados y a la capacidad de los Estados afectados de proporcionar su propio socorro y recibirlo de otros[29].

16. Se expresó apoyo a la inclusión del principio de no discriminación en el proyecto de artículo 6[30]. Se puso de relieve que el trato diferente de las personas que se encontraban en situaciones diferentes, sobre todo de los más vulnerables, no era discriminatorio[31].

17. Algunos Estados se mostraron de acuerdo con el proyecto de artículo 7 en lo relativo a la dignidad humana, reafirmando la pertinencia de la obligación de respetar y proteger la dignidad inherente a la persona en el contexto de la respuesta a los desastres[32]. No obstante, se precisó que el concepto no era totalmente cuantificable en términos jurídicos y que constituía más bien un concepto general que se debería tener en cuenta en tales situaciones[33]. Otros Estados afirmaron que la dignidad humana podría no ser un derecho humano *per se*, sino un principio fundamental sobre el que se asentaría toda la estructura de los derechos humanos[34]. Hay quien propuso que el principio quedara reflejado mediante una mención en el preámbulo[35], aunque otros prefirieron que se mantuviera en el texto[36]. Asimismo, se sugirió que el proyecto de artículos incluyera un principio según el cual habría que proteger los intereses de la sociedad afectada, como sus valores fundamentales y su estilo de vida[37].

18. Algunos Estados expresaron su conformidad con el proyecto de artículo 8, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción[38]. En este sentido, se recordó que en ocasiones podría ser necesario suspender temporalmente algunas obligaciones relacionadas con los derechos humanos con el fin de garantizar la rapidez y eficacia de las actividades de rescate en situaciones de emergencia[39]. También se sugirió que en lugar de eso se hiciera una referencia a los derechos humanos en el preámbulo del proyecto de artículos[40].

19. El proyecto de artículo 9 fue aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción sobre la base del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 propuesto por el Relator Especial en su tercer informe. En este sentido, muchos Estados se mostraron de acuerdo con la afirmación incluida en el texto de que la responsabilidad primordial respecto de la protección de las personas y la prestación de asistencia humanitaria en el territorio de un Estado afectado recaía en ese Estado[41]. Se señaló que esa responsabilidad primordial de los Estados afectados en la prestación de asistencia y socorro en caso de desastre se basaba en la soberanía del Estado y dimanaba de la obligación de este respecto de sus propios ciudadanos[42]. Desde el punto de vista práctico, el Estado en que había tenido lugar el desastre se encontraba en mejores condiciones para evaluar sus necesidades de respuesta al desastre en su territorio y para facilitar, coordinar, dirigir, controlar y supervisar las operaciones de socorro[43]. También se sugirió que la Comisión incluyera específicamente una mención a los principios de soberanía y no intervención[44].

20. Se manifestó apoyo a la versión del proyecto de artículo 9 aprobada provisionalmente por el Comité de Redacción y, en particular, a la referencia a la «obligación» y no a la «responsabilidad» del Estado afectado de garantizar la protección de las personas y prestar socorro[45]. Se expresó preocupación por que no estaba claro cuál sería el contenido de esa obligación desde el punto de vista jurídico, con quién se contraería y qué entrañaría en la práctica[46].

21. El párrafo 2 del proyecto de artículo 8, propuesto por el Relator Especial en su tercer informe y remitido al Comité de Redacción, se refería al consentimiento del Estado afectado[47]. En este sentido, varios Estados se mostraron de acuerdo con la propuesta de que la asistencia externa pudiera proporcionarse únicamente si mediaba el consentimiento del Estado afectado[48]. También se propuso que el Estado conservara el derecho a decidir si invitaba a otros Estados a participar en las actividades de socorro, habida cuenta de la gravedad del desastre y de su propia capacidad de organizar actividades de rescate y socorro[49].

22. No obstante, se afirmó que era importante compaginar la soberanía del Estado con la protección de los derechos humanos[50]. Se sugirió que cuando un Estado afectado no protegiese a personas en casos de desastre porque careciera de la capacidad o la voluntad de hacerlo, el Estado afectado debería recabar asistencia de otros

---

[29] China, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 63.

[30] Hungría, ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/65/SR.21), párr. 33 e Indonesia, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 68.

[31] Francia, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 84.

[32] República Checa, ibíd., párr. 24; Polonia, ibíd., párr. 100 y Sri Lanka, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 43.

[33] Grecia, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 51.

[34] Pakistán, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 57; véase también Indonesia, ibíd., párr. 69 y México, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 4.

[35] Irlanda, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 55.

[36] Polonia, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 100.

[37] Federación de Rusia, ibíd., párr. 57.

[38] China, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 64; República Checa, 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 24 y Federación de Rusia, ibíd., párr. 57.

[39] Grecia, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 52; China, ibíd., párr. 64 y Federación de Rusia, 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 57.

[40] Francia, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 85 e Irlanda, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 55.

[41] Federación de Rusia, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 58; Estonia, ibíd., párr. 69; Rumania, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 48 y España, ibíd., párr. 87.

[42] Pakistán, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 57.

[43] India, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 36.

[44] Indonesia, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 69.

[45] Suiza, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 38.

[46] Reino Unido, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 65 y República de Corea, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 29; véase también Irlanda, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 55.

[47] Véase el párrafo 2 *supra*.

[48] Suiza, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 38; República Islámica del Irán, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 37; Indonesia, ibíd., párr. 68 y República de Corea, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 29.

[49] China, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 65; India, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 36; Sri Lanka, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 44 y Chile, ibíd., párr. 11.

[50] España, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 87 y Brasil, 26.ª sesión (A/C.6/65/SR.26), párr. 72; véase también Rumania, 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 48 y México, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 6.

Estados y organizaciones internacionales de conformidad con el proyecto de artículo 5[51]. Según otra opinión, el Estado debería incurrir en responsabilidad por su rechazo a aceptar la asistencia, lo que podría constituir un acto ilícito internacional si ese rechazo infringiese los derechos de personas afectadas con arreglo al derecho internacional[52]. Se consideró que había que proceder con cautela al realizar tal caracterización, que podría tener consecuencias perjudiciales para las relaciones internacionales y justificar la intervención en un Estado afectado[53].

23. Se afirmó que la cuestión del consentimiento respecto de las actividades de los agentes privados y no gubernamentales debería ser objeto de un detenido examen[54]. Además, se señaló que las organizaciones no gubernamentales y otras entidades solo tenían que cumplir las normas internas del Estado afectado[55]. También se expresó la opinión de que, independientemente de que se requiriera el consentimiento, la comunidad internacional podría tener asimismo cierto grado de responsabilidad, por lo menos en lo concerniente a ofrecer asistencia[56].

24. Se aconsejó a la Comisión que se ajustara cabalmente a la práctica real de los Estados[57]. En este sentido, se sugirió que siguiera recopilando y analizando la legislación nacional, los acuerdos internacionales y la práctica no solo de los Estados, sino también de los agentes no estatales, con el fin de identificar los aspectos jurídicos y prácticos del tema[58]. También se sugirió que la Comisión interactuase estrechamente con las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales que realizaban actividades sobre el terreno[59].

25. En cuanto a la forma que debía adoptar la labor de la Comisión, se señaló que unas directrices no vinculantes, una guía de la práctica o un marco de principios para todos los agentes resultarían más prácticos y serían objeto de una aceptación más generalizada[60].

26. Mediante comunicaciones escritas de 5 y 17 de enero de 2011, respectivamente, Cuba y El Salvador transmitieron sus comentarios sobre la labor realizada hasta entonces por la Comisión, tal como se reflejaba en su informe sobre el 62.º período de sesiones. Esas comunicaciones se distribuirán como documentos internos de la Comisión.

B. Acontecimientos conexos

27. Según el Centro para la Investigación de la Epidemiología de los Desastres de la Universidad Católica de Lovaina, en 2010 se registraron unos 373 desastres naturales que provocaron la muerte de 296.800 personas, afectaron a cerca de 208 millones de personas y tuvieron unos costos de casi 110.000 millones de dólares de los Estados Unidos[61]. La frecuencia y magnitud cada vez mayores de los desastres naturales, incluidos últimamente el terremoto y el tsunami del Japón, las inundaciones de Colombia y otros países y las tormentas de los Estados Unidos, han provocado que los Estados, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y las instituciones académicas presten atención al papel del derecho en todas las fases de una situación de desastre. En este sentido, tras la conclusión del 62.º período de sesiones de la Comisión, en 2010, se han convocado varias reuniones internacionales para abordar diferentes aspectos del tema. El Relator Especial ha sido invitado y ha participado en varias de esas reuniones, algunas celebradas recientemente, como la Consulta sobre Prevención y Recuperación de los Desastres, organizada por el Foro para la Prevención de Conflictos y la Paz, bajo los auspicios de la Estrategia Internacional de las Naciones Unidas para la Reducción de los Desastres (Nueva York, marzo de 2011) y el simposio sobre «La reconstrucción tras la tormenta: el papel del derecho en el desarrollo tras los desastres naturales» (Facultad de Derecho de Harvard, noviembre de 2010), en el que participó como orador principal. El Relator Especial también participará como orador principal en enero de 2012 en el seminario sobre «Respuesta a los desafíos planteados por las catástrofes naturales e industriales: las nuevas orientaciones del derecho internacional», organizado por la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

[51] Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 31; Portugal, 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 12 y Países Bajos, ibíd., párr. 45.

[52] Portugal, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 13.

[53] República Islámica del Irán, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 36.

[54] Estonia, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 69.

[55] República Islámica del Irán, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 37; Irlanda, ibíd., párr. 56 y Japón, 25.ª sesión (A/C.6/65/SR.25), párr. 41.

[56] Austria, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 39.

[57] Francia, ibíd., párr. 86.

[58] Colombia, ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/65/SR.20), párr. 74.

[59] Italia, ibíd., 23.ª sesión (A/CN.6/65/SR.23), párr. 26.

[60] Reino Unido, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/65/SR.24), párr. 64 y Federación de Rusia, 23.ª sesión (A/C.6/65/SR.23), párr. 58.

[61] Estrategia Internacional de las Naciones Unidas para la Reducción de los Desastres, comunicado de prensa de 24 de enero de 2011.

Capítulo I

Responsabilidad del Estado afectado de recabar asistencia cuando se supere su capacidad nacional de respuesta

28. Una vez que el Comité de Redacción haya establecido que el Estado afectado, en virtud de su soberanía, tiene el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio (véase el proyecto de artículo 9), el Relator Especial pasará a examinar las obligaciones del Estado afectado cuando la magnitud o la duración de un desastre supere los límites de su capacidad de respuesta.

29. A la hora de determinar la respuesta apropiada del Estado afectado ante un desastre que desborde su capacidad nacional de respuesta, es necesario reiterar los

principios fundamentales de soberanía del Estado y no intervención. La CIJ ha considerado que el respeto mutuo de la soberanía territorial entre Estados independientes es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales[62]. En los principios rectores sobre fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas se establece que en el contexto de la respuesta a los desastres, «[d]eberán respetarse plenamente la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas»[63]. Por consiguiente, la puesta en marcha de la asistencia internacional de socorro depende del consentimiento del Estado afectado, tal como reconoció el Relator Especial en su tercer informe al proponer el párrafo 2 del proyecto de artículo 8, que fue remitido posteriormente al Comité de Redacción.

30. El Relator Especial reafirma que las autoridades del Estado afectado tienen la responsabilidad primordial de asistir a las víctimas de los desastres que se produzcan en su territorio. Como se establece en el proyecto de artículo 9, párr. 2, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, el Estado afectado tiene la función primordial de dirigir, controlar, coordinar y supervisar la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre. El papel primordial del Estado afectado deriva tanto de las prerrogativas de su soberanía como de su responsabilidad respecto de la población afectada que se encuentra en su territorio. Este último fundamento se ve reflejado en la resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Brujas de 2003, en la que se establece lo siguiente:

> El Estado afectado tiene la obligación de atender a las víctimas del desastre en su territorio y, por consiguiente, tiene una responsabilidad primordial respecto de la organización, la previsión y la distribución de la asistencia humanitaria. Como consecuencia de ello, tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para impedir la apropiación indebida de la asistencia humanitaria y otros abusos[64].

31. Los principios fundamentales de soberanía y no intervención y la exigencia de que el Estado preste su consentimiento deben considerarse a la luz de las responsabilidades contraídas por los Estados en el ejercicio de su soberanía[65]. Estas obligaciones pueden desplegarse tanto horizontalmente, hacia otros Estados de la comunidad internacional, como verticalmente, hacia la población y las personas que se encuentren en el territorio del Estado y estén bajo su control. En este tema se debería prestar especial atención a las obligaciones de los Estados de proteger a las personas que se encuentran en su territorio conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos y las normas internacionales consuetudinarias de derechos humanos. El ámbito de las obligaciones del Estado afectado respecto de las personas afectadas por los desastres y la interacción de estas obligaciones con los principios fundamentales de soberanía e integridad territorial y la exigencia de que el Estado dé su consentimiento a la prestación de ayuda internacional constituyen el fundamento del presente estudio.

A. Responsabilidad del Estado afectado respecto de las personas que se encuentran en su territorio

32. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 9 de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente se establece que el Estado afectado, en virtud de su soberanía, tendrá el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio. En el proyecto de artículo se señala la importancia primordial de las obligaciones contraídas por el Estado con respecto a las personas que se encuentran dentro de sus fronteras. Tal como indicó el Relator Especial en su informe preliminar, existen varios derechos humanos involucrados en el contexto de los desastres, entre los que se encuentran el derecho a la vida, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y a servicios médicos, el derecho al abastecimiento de agua, el derecho a vivienda, vestido y saneamiento adecuados, y el derecho a no ser discriminado[66].

33. A modo de ejemplo, el análisis de uno de los derechos implicados resulta de utilidad para articular la naturaleza de las obligaciones del Estado afectado. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11) se establece lo siguiente con respecto al derecho a la alimentación:

> Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma en su Observación general n.º 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada que si un Estado aduce que la limitación de sus recursos le impide facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que la necesitan:

> [e]l Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. [...] El Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios[67].

---

[62] Caso *Détroit de Corfu* (Reino Unido *c.* Albania), fallo de 9 de abril de 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 35 (donde se señala que «entre Estados independientes, el respeto de la soberanía nacional es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales»). Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 7.

[63] Resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, anexo, principios rectores, párr. 3, donde se agrega que «la asistencia humanitaria deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición del país afectado». Véase también el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia (art. 3, párr. 1), a cuyo tenor «la asistencia o los ofrecimientos de asistencia del exterior únicamente se materializarán previa petición o con el consentimiento de la Parte afectada».

[64] Art. III, párr. 1 (Instituto de Derecho Internacional, «L'assistance humanitaire», pág. 268).

[65] *Vapeur* Wimbledon, fallo, *1923, C.P.J.I. série A n.º 1*, pág. 25, donde se señala que «[l]a Corte se niega a considerar como una renuncia a su soberanía la celebración de un tratado en virtud del cual el Estado se compromete a realizar o abstenerse de realizar un acto concreto. Sin duda, toda convención que cree una obligación de este tipo establece una restricción al ejercicio de los derechos derivados de la soberanía del Estado, en el sentido de que requiere que se ejerzan de una forma determinada. Pero el derecho a celebrar acuerdos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado».

[66] Véase *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598, párr. 26.

[67] *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, Suplemento n.º 2*, Informe sobre los períodos de sesiones 20.º y 21.º, anexo V, Observación general n.º 12 (1999), párr. 17.

En la observación general se aclara que entre las «medidas adecuadas» que debe adoptar el Estado en el cumplimiento de sus obligaciones se encuentra la de recabar asistencia internacional cuando las condiciones en el ámbito interno sean tales que no se puede ejercer el derecho a la alimentación. Es importante destacar que esta medida se adopta cuando el propio Estado afirma que es incapaz de cumplir sus obligaciones. Por tanto, la observación general refleja que el recurso a la ayuda internacional puede ser un elemento necesario del cumplimiento de las obligaciones del Estado respecto de las personas cuando considere que sus propios recursos son inadecuados para satisfacer las necesidades de protección.

34. En la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad figuran referencias concretas a los derechos en casos de desastre. Conforme al artículo 23 de la Carta Africana, los Estados adoptarán «todas las medidas apropiadas» para garantizar que los niños que soliciten o tengan la condición de refugiados, así como los niños desplazados internamente por diferentes causas, incluidas las «catástrofes naturales», reciban

> la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para disfrutar de los derechos establecidos en esta Carta y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en los que los Estados sean Parte.

La expresión «todas las medidas apropiadas» recuerda la referencia a las «medidas apropiadas» que figura en el artículo 11, párr. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

35. En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 11) se hace referencia a la obligación de los Estados respecto de las personas con discapacidad en casos de desastre:

> Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

Se puede considerar que la expresión «todas las medidas necesarias» incluye el recurso a la posible asistencia de la comunidad internacional en caso de que se supere la capacidad nacional del Estado afectado. Este enfoque se adecuaría al principio rector de humanidad aplicado en el ordenamiento jurídico internacional. La CIJ afirmó en el caso *Détroit de Corfu* que las consideraciones elementales de humanidad constituían principios generales y bien reconocidos del ordenamiento jurídico internacional, «aún más exigentes en la paz que en la guerra»[68]. El proyecto de artículo 6, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, establece la posición fundamental del principio de humanidad en la respuesta a los desastres[69].

B. Cooperación

36. La obligación de cooperar también forma parte de las responsabilidades del Estado afectado en caso de que los efectos del desastre superen su capacidad nacional. En el proyecto de artículo 5, aprobado provisionalmente por la Comisión, se establece lo siguiente:

> De conformidad con los presentes artículos, los Estados, según proceda, cooperarán entre sí, así como con las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales competentes, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el Comité Internacional de la Cruz Roja, y con las organizaciones no gubernamentales pertinentes[70].

En el proyecto de artículo se reconoce que la obligación de cooperar compete no solamente a terceros Estados, sino también a los Estados afectados cuando procede llevar a cabo esa cooperación. Este enfoque también está implícito en 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:

> Las obligaciones relacionadas con la asistencia y la cooperación internacionales complementan la responsabilidad principal de los Estados de cumplir con sus obligaciones nacionales en materia de derechos humanos. La cooperación internacional descansa en la premisa de que los países en desarrollo tal vez no posean los recursos necesarios para hacer plenamente efectivos los derechos establecidos en los pactos y convenciones de derechos humanos. Al cumplir con sus obligaciones nacionales y de cooperación internacional, los Estados satisfacen su responsabilidad compartida en materia de desarrollo, contribuyendo a que este se extienda a todo el mundo[71].

Este enfoque también se refleja en el artículo 3, párr. 3, de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, en el que la Asamblea General observa lo siguiente:

> Los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo. Los Estados deben realizar sus derechos y sus deberes de modo que promuevan un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, y que fomenten la observancia y el disfrute de los derechos humanos[72].

37. En las observaciones formuladas por varios Estados se apoya el vínculo existente entre la obligación de cooperar y las responsabilidades del Estado afectado en caso de que se desborde su capacidad nacional. Durante el debate de la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI de 2008, Finlandia, en nombre de los países nórdicos, observó que «si el Estado afectado no pudiera proporcionar los bienes y servicios necesarios para la supervivencia de la población, deberá cooperar con otros Estados u organizaciones que puedan proporcionarlos y estén dispuestos a ello»[73].

---

[68] Fallo, fondo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 22, donde se señala que «[l]as obligaciones de las autoridades albanesas consistían en notificar, en beneficio de la navegación en general, la existencia de una zona minada en aguas territoriales albanesas y en advertir a los buques de guerra británicos que se aproximaban del inminente peligro al que quedaban expuestos a resultas de la zona minada. Esas obligaciones se basan no en la Convención VIII de La Haya de 1907 [relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto], que es aplicable en tiempo de guerra, sino en ciertos principios generales y bien reconocidos, a saber, consideraciones elementales de humanidad, aún más exigentes en la paz que en la guerra»).

[69] El proyecto de artículo 6 establece lo siguiente: «La respuesta a los desastres se llevará a cabo con arreglo a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y sobre la base de la no discriminación, teniendo en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables» (*Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), nota 1334).

[70] Ibíd., párr. 330.

[71] A/HRC/9/10, párr. 21.

[72] Resolución 41/128 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1986, anexo.

[73] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, Finlandia, en nombre de los

Esta postura fue la misma que adoptó en una declaración formulada también en nombre de los países nórdicos ante la Sexta Comisión en octubre de 2010, en la que señaló que « [s]i el Estado afectado no tiene la capacidad o la voluntad de proteger y socorrer a las personas afectadas por el desastre, debe pedir ayuda a otros Estados y organizaciones internacionales, de conformidad con el proyecto de artículo 5»[74] a fin de cumplir sus obligaciones.

38. El Relator Especial reitera que la cooperación no debería interpretarse de forma que se reduzcan las prerrogativas del Estado soberano en el ordenamiento jurídico internacional. Los principios rectores que figuran en el anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General arrojan luz sobre la relación entre los principios fundamentales de soberanía y no intervención y las medidas apropiadas que debe adoptar un Estado en el cumplimiento de sus responsabilidades internacionales. Los principios reafirman que la asistencia humanitaria deberá proporcionarse «con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición del país afectado»[75]. Si bien se reitera la importancia fundamental del consentimiento del Estado para prestar cualquier tipo de la asistencia internacional, en el memorando de la Secretaría se observa que los principios rectores también parecen apoyar la obligación implícita de los Estados afectados de facilitar la cooperación internacional cuando la situación de emergencia supere su capacidad de respuesta[76]. En el párrafo 5 del anexo se establece lo siguiente:

> La magnitud y la duración de muchas emergencias pueden rebasar la capacidad de reacción de muchos países afectados. Por consiguiente, es sumamente importante la cooperación internacional para enfrentar las situaciones de emergencia y fortalecer la capacidad de reacción de los países afectados. Esa cooperación debería proporcionarse de conformidad con el derecho internacional y las leyes nacionales.

Por tanto, las disposiciones de la resolución 46/182 prestan atención a dos consideraciones diferentes. En primer lugar, el requisito previo del consentimiento del Estado a la prestación de asistencia y, en segundo lugar, la potencial responsabilidad de recabar esa asistencia cuando se desborde su capacidad nacional. La primera consideración está vinculada con las exigencias fundamentales de la integridad territorial y las obligaciones horizontales de los Estados en el ordenamiento jurídico internacional. La segunda consideración se refiere a las responsabilidades del Estado afectado respecto de su población.

39. Los instrumentos anteriormente mencionados sugieren que el aspecto «interno» de la soberanía, reflejado en la responsabilidad primordial del Estado afectado respecto de las personas que se encuentren en su territorio, puede incluir la obligación de recabar apoyo externo cuando se desborde su capacidad nacional de respuesta. Como indicó la Asamblea General en su resolución 45/100, de 14 de diciembre de 1990,

> 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[77].

Esta postura fue recientemente reafirmada en las Directrices operacionales sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales del Comité Permanente entre Organismos,

> Los Estados tienen el principal deber y responsabilidad de proporcionar asistencia y protección a las personas afectadas por desastres naturales. Al hacerlo, están obligados a respetar los derechos humanos de las personas afectadas y protegerlas frente a posibles violaciones de sus derechos por agentes privados (por ejemplo, individuos y grupos que cometen delitos) así como de posibles peligros que puede generar el desastre (por ejemplo, los efectos secundarios de los desastres naturales)[78].

El carácter central del principio de dignidad humana en este tema se afirma en el proyecto de artículo 7, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción[79]. En el proyecto de artículo 7 se establece la obligación de los Estados, las organizaciones internacionales competentes y las organizaciones no gubernamentales pertinentes de respetar y proteger la dignidad inherente a la persona a la hora de responder a los desastres.

C. Formulaciones de la obligación específica de recabar asistencia

40. Lo indicado anteriormente sugiere que cuando se agote la capacidad nacional de un Estado, recabar asistencia internacional puede ser un elemento del cumplimiento de las responsabilidades primordiales del Estado afectado conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario.

41. La Secretaría, en su memorando sobre el tema en cuestión, reconoció la tendencia hacia un mayor reconocimiento de la obligación positiva de los Estados afectados de solicitar asistencia, al menos cuando la capacidad de respuesta de estos se vea desbordada por el desastre[80]. Esta obligación se ha incorporado a instrumentos internacionales no vinculantes que tratan el tema del socorro en casos de desastre. El principio aparece en una resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional de Brujas de 2003. En su artículo III, párr. 3, se establece lo siguiente:

> Cuando el Estado afectado sea incapaz de prestar suficiente asistencia humanitaria a las víctimas que se encuentren bajo su jurisdicción o estén sometidas a su control *de facto*, deberá recabar asistencia de organizaciones internacionales competentes o de terceros Estados[81].

42. Asimismo, en las Directrices de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja sobre el derecho internacional relativo a la respuesta en casos de desastre se establece lo siguiente:

> El Estado afectado que determine que una situación de desastre rebasa la capacidad nacional para hacerle frente debería recabar

países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 53.

[74] Finlandia, en nombre de los países nórdicos, ibíd., *sexagésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/65/SR.22), párr. 31.

[75] Véase la nota 63 *supra*.

[76] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 57 y primera nota a ese párrafo.

[77] Sexto párrafo del preámbulo.

[78] *Directrices operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales*, Proyecto Brookings-Bern sobre desplazamiento interno, mayo de 2011, art. II, párr. 1.

[79] Véase la nota 5 *supra*.

[80] Memorando de la Secretaría (nota 76 *supra*), párr. 57.

[81] Instituto de Derecho Internacional, «L'assistance humanitaire», pág. 270.

asistencia internacional y/o regional para subvenir a las necesidades de los damnificados[82].

Una tercera formulación es la que figura en las Directrices para la Utilización de Recursos Militares y de la Defensa Civil Extranjeros en Operaciones de Socorro en Casos de Desastre (Directrices de Oslo), en las que se establece que «[s]i se necesita asistencia internacional, el Estado afectado deberá solicitarla o dar su consentimiento lo antes posible al principio del desastre para que dicha asistencia sea lo más eficaz posible»[83].

43. Las formulaciones de la obligación que figuran en la resolución de Brujas del Instituto de Derecho Internacional de 2003 y las Directrices de la FICR sobre el derecho internacional relativo a la respuesta en casos de desastre comparten características comunes que pueden vincularse al debate anterior. En primer lugar, solamente surge la obligación de recabar asistencia internacional en los casos en que se demuestra la incapacidad nacional. Este requisito previo pone de relieve que la obligación de recabar asistencia deriva de la obligación primordial del Estado afectado de proteger a las personas que se encuentran en su territorio conforme a los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos y el derecho consuetudinario. En segundo lugar, la obligación se presenta como una obligación de «recabar» asistencia y no de «solicitarla».

44. El Relator Especial considera que en este contexto la obligación de «recabar» asistencia es más apropiada que la obligación de «solicitarla». La solicitud de asistencia implica que el Estado afectado otorga su consentimiento al aceptar el Estado tercero esa solicitud. En el memorando de la Secretaría se refleja que la obligación de solicitar asistencia puede limitar la capacidad del Estado de «declinar ofertas»[84]. En cambio, el Relator Especial considera que la obligación de «recabar» asistencia implica un enfoque más amplio y de carácter negociado de la prestación de ayuda internacional. El término «recabar» implica el inicio de un proceso mediante el cual se puede lograr un acuerdo. Así, el Relator Especial opina que la obligación de recabar asistencia asegura la protección de las poblaciones y las personas afectadas y además se adecua al requisito fundamental del consentimiento del Estado. Por consiguiente, a juicio del Relator Especial, la obligación de recabar asistencia, más que la obligación de solicitarla, es el mejor modo de fundamentar este tema.

45. A la vista de lo anteriormente indicado, puede proponerse la siguiente redacción del proyecto de artículo:

«*Proyecto de artículo 10. Obligación del Estado afectado de recabar asistencia*

El Estado afectado tendrá la obligación de recabar asistencia, según proceda, de terceros Estados, las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales competentes y las organizaciones no gubernamentales pertinentes si el desastre supera su capacidad nacional de respuesta.»

46. Esta redacción es una refundición extraída de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de Brujas (art. III, párr. 3), las Directrices de la FICR (directriz 3.2) y la resolución 46/182 de la Asamblea General. Además, reproduce el ámbito apropiado de cooperación contemplado en el proyecto de artículo 5, aprobado provisionalmente por la Comisión[85]. A la luz del debate anterior, se utiliza el término «recabar». La referencia a la «capacidad nacional de respuesta» corresponde a la «capacidad de reacción» del Estado que figura en la resolución 46/182[86] y la «capacidad nacional para hacerle frente» que figura en las Directrices de la FICR.

47. El término «asistencia» refleja el amplio ámbito de aspectos operacionales en el suministro de la protección humanitaria. Así, el término pone de relieve el derecho del Estado afectado a determinar el alcance y el tipo de asistencia que mejor se adecuan al cumplimiento de sus responsabilidades conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional consuetudinario. La asistencia humanitaria ha sido definida en la resolución de Brujas de 2003 como

todos los actos, actividades y medios humanos y materiales destinados al suministro de bienes y la prestación de servicios de carácter exclusivamente humanitario, indispensables para la supervivencia y la satisfacción de las necesidades esenciales de las víctimas[87].

48. En el proyecto de artículo se destaca que la obligación de recabar asistencia surge solamente cuando se supera la capacidad nacional de respuesta del Estado. Tal como se puso de manifiesto durante el debate sobre el proyecto de artículo 2 en el segundo informe del Relator Especial, se entiende que no todos los desastres desbordan la capacidad de respuesta de un Estado[88]. Por tanto, el presente proyecto de artículo solamente se aplicará a las categorías de desastre que se ajusten a la definición del proyecto de artículo 2.

49. El Relator Especial considera que el gobierno del Estado en cuestión será el que esté en las mejores condiciones para determinar la gravedad de una situación de desastre y los límites de su capacidad nacional de respuesta. Esta postura se adecua al principio del «margen de apreciación» adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según el cual «los Estados gozan de un margen amplio de apreciación, respecto al artículo 15 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos], para apreciar si la vida de la nación es amenazada por un peligro público»[89]. El reconocimiento del papel central del Estado

[82] FICR, *Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacionales de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial*, directriz 3.2, pág. 12 (Ginebra, 2008).

[83] OCAH, *Directrices para la Utilización de Recursos Militares y de la Defensa Civil Extranjeros en Operaciones de Socorro en Casos de Desastre*, revisadas el 1.º de noviembre de 2007, párr. 58.

[84] Memorando de la Secretaría (nota 76 *supra*), párr. 65.

[85] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 330.

[86] Véase el párrafo 5 de los principios rectores que figuran en el anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General (donde se señala que «[l]a magnitud y la duración de muchas emergencias pueden rebasar la capacidad de reacción de muchos países afectados»).

[87] Instituto de Derecho Internacional, «L'assistance humanitaire», pág. 264, art. I, párr. 1.

[88] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/615, párr. 46.

[89] Caso *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], demanda N.º 3455/05, párr. 180, CEDH 2009.

afectado en la determinación de si se ha rebasado su capacidad nacional también se ajusta al principio fundamental que figura en el principio rector 3 del anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General, conforme al cual «la asistencia humanitaria deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición del país afectado»[90].

50. El Relator Especial considera que esta redacción es coherente con los comentarios formulados por los Estados en la Sexta Comisión y que figuran en el informe de la CDI sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones de 2008, según los cuales «si un Estado afectado no podía cumplir su obligación de prestar oportunamente socorro a su población en peligro, ese Estado debía estar obligado a pedir asistencia externa»[91], y que se reiteraron en el debate de la Sexta Comisión celebrado en 2010 acerca del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 62.º período de sesiones[92].

[90] Véase la nota 63 *supra*.

[91] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 149, párr. 243.

[92] Véase el párrafo 22 *supra*.

Capítulo II

Obligación del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento para la asistencia externa

51. Como punto de partida, el Relator Especial desea poner de relieve que en la mayoría de los casos de respuesta a los desastres, el Estado afectado está dispuesto a permitir la asistencia y el acceso para socorrer a las víctimas, en particular cuando las autoridades no son capaces de hacer frente a la situación de desastre y existe una necesidad clara de aportar socorro a los afectados por el desastre[93]. Con ello no se quiere decir que esa práctica general sea una prueba concluyente de una obligación jurídica de permitir la asistencia externa.

52. El consentimiento es la expresión de la voluntad del soberano que, en virtud de él, permite actividades en su territorio que de lo contrario habrían constituido violaciones del principio de no intervención. Por ello, el consentimiento ha de desempeñar también una función fundamental en la aceptación o el rechazo de la asistencia humanitaria en los desastres. Conforme al derecho internacional, el Estado afectado está facultado para rechazar un ofrecimiento. Sin embargo, ese derecho no es ilimitado. En su tercer informe, el Relator Especial recalcó que la soberanía conlleva también obligaciones[94].

53. Ha habido diversos ejemplos en los que la posición de las personas afectadas por un desastre empeoró debido a que no se quiso aceptar que la situación constituía un desastre o porque no se consintió en aceptar el socorro apropiado o los ofrecimientos de socorro o se consintió después de mucho tiempo. Todos esos factores, con independencia de los motivos en que estuvieran fundados, contribuyeron a agravar una situación ya de por sí vulnerable. Por ello, la Asamblea General ha dejado perfectamente claro en sus resoluciones 43/131, de 8 de diciembre de 1988[95] y 45/100, de 14 de diciembre de 1990[96] que:

> 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.

54. La asistencia a las personas afectadas por el desastre es indispensable, especialmente si la incapacidad o la falta de voluntad del Estado afectado de responder adecuada y efectivamente ponen en peligro o incluso violan los derechos y la dignidad de los afectados. Puesto que el consentimiento para la asistencia está sancionado por el derecho internacional, en lugar de ignorarlo, puede estar justificada una limitación de su ejercicio fundada también en el derecho internacional. Una sugerencia al efecto se ha formulado en el plenario de la Comisión:

> que se considerase la posibilidad de reconocer las consecuencias jurídicas de la responsabilidad del Estado afectado estipulando que su consentimiento «no se negará injustificadamente», sin perjuicio de su derecho soberano a decidir si la asistencia externa es o no apropiada[97].

55. Los Estados que interactúan en respuesta a los desastres tienen la obligación de cooperar entre sí de buena fe para satisfacer las necesidades de las personas afectadas por un desastre. La importancia de la obligación de cooperar fue reconocida por la Comisión cuando aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 5[98]. En su segundo informe, el Relator Especial ha descrito esa obligación con cierto detalle[99]. La obligación de cooperar conforma el marco jurídico dentro del cual se manifiesta el consentimiento del Estado afectado y refuerza el argumento de que el consentimiento forma parte integrante del ordenamiento jurídico internacional, aunque no obstante pueden imponérsele limitaciones. En el contexto de la asistencia humanitaria, se ha argumentado, por ejemplo por el Representante del Secretario General sobre los desplazados internos, que:

> Cabe sostener que esa obligación de cooperar es mencionada como el fundamento principal de dos resoluciones de la Asamblea General en las que se reafirma la responsabilidad primordial de los Estados de prestar asistencia a las víctimas de los desastres naturales y situaciones de emergencia similares que ocurran dentro de su territorio. Esa obligación supone otra que se deriva de ella como corolario: la obligación de los Estados de recibir asistencia internacional cuando les sea ofrecida y la necesiten[100].

[93] Ofrecen ejemplos recientes las respuestas a los terremotos que asolaron Nueva Zelandia y el Japón en febrero y marzo de 2011, respectivamente. Véase el sitio www.reliefweb.int.

[94] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/629, párr. 75

[95] Octavo párrafo del preámbulo.

[96] Sexto párrafo del preámbulo.

[97] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 323.

[98] Ibíd., párrs. 298, 299 y 331.

[99] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/615, párrs. 50 a 70.

[100] E/CN.4/1996/52/Add.2 (5 de diciembre de 1996), párr. 362.

56. Esa afirmación presupone que la soberanía del Estado debe ejercerse del modo que mejor contribuya a la protección y asistencia de las personas necesitadas[101]. A ese respecto, se recuerda que la Comisión ya ha reconocido que el Estado afectado, *en virtud de su soberanía*, tiene la obligación de asegurar la protección de las personas y prestarles asistencia humanitaria en su territorio[102].

57. La obligación del Estado afectado de garantizar esa protección y asistencia en caso de desastre tiene por objetivo preservar la vida y la dignidad de las víctimas del desastre y asegurar el acceso de las personas necesitadas a la asistencia humanitaria. Reafirma así la obligación primordial del Estado de garantizar el disfrute del derecho a la vida de quienes están sujetos a su jurisdicción, que está establecida en derecho internacional. Aunque el derecho a la vida ha sido explícitamente reconocido en todos los principales instrumentos de derechos humanos y se ocupan ampliamente de él instituciones universales y regionales de derechos humanos, al mismo tiempo ha adquirido un estatus más general en el derecho internacional[103].

58. Se pueden encontrar restricciones al derecho a rechazar la asistencia humanitaria en diversos regímenes jurídicos cuyo objetivo es la protección de las personas, como las normas internacionales de derechos humanos, el derecho relativo a los desplazados internos y el derecho internacional humanitario. La labor que lleva a cabo actualmente la Comisión sobre la protección de las personas en casos de desastre puede aprovechar por ello los principios que informan esos regímenes, como ya explicó el Relator Especial en su informe preliminar[104].

59. Las normas internacionales de derechos humanos condensan, en cierta medida, un equilibrio de intereses entre los Estados *inter se* y entre el Estado y las personas en su territorio y sujetas a su jurisdicción. Las obligaciones son exigibles no solo por otros Estados partes en una convención concreta, sino que se puede decir igualmente que son exigibles por esas personas. Para asegurar el cumplimiento de esas obligaciones, también puede hallarse explícita o implícita en los diversos instrumentos de derechos humanos una dimensión externa. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a la vida, en su plasmación en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluye la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para asegurar el disfrute de ese derecho[105]. Por ello, en determinadas condiciones, rechazar un ofrecimiento de asistencia puede constituir una violación del derecho a la vida. Además, en el caso de los derechos que se establecen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[106], hay que mencionar la obligación general descrita en su artículo 2, párr. 1, que estipula:

> Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

60. De ese texto se deduce que los Estados, para hacer efectivos los derechos humanos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deben cooperar internacionalmente. Si el Estado afectado es parte en el Pacto y no tiene la capacidad suficiente para enfrentarse a las consecuencias de un desastre, está obligado a cooperar. Por ello, la obligación de cooperar no solo ofrece una base para el requisito del consentimiento aquí descrito, sino que además, subraya que el derecho convencional implica una obligación de no denegarlo arbitrariamente.

61. Los Principios Rectores de los desplazamientos internos[107], que han recibido el respaldo de la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General en resoluciones aprobadas por unanimidad, han sido calificados por el Secretario General de «norma básica internacional para proteger a» los desplazados internos[108]. El Principio rector 25, párr. 2, *in fine*, dice así:

> [La] aceptación [de los ofrecimientos de proporcionar asistencia humanitaria] no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria.

62. En ese texto se establece no solo que es necesario el consentimiento antes de que se pueda prestar la asistencia, sino también que ese consentimiento no se denegará arbitrariamente. Esa salvedad es especialmente válida en las situaciones en las que el Estado afectado es incapaz de

---

[101] En palabras de Lauterpacht: «dar efectos, mediante la limitación adecuada y la supervisión internacional de la soberanía interna de los Estados, al principio de que la protección de la personalidad humana y de sus derechos fundamentales es el propósito esencial de todo el derecho, nacional e internacional» (*International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, pág. 47).

[102] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), nota 1273, proyecto de artículo 9.

[103] Ramcharan, «The Concept and Dimension of the Right to Life», pág. 3.

[104] Véase *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598, pág. 149.

[105] Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/37/40), Comentario general N.º 6, párr. 5: «La expresión “derecho inherente a la vida”» no puede entenderse adecuadamente de manera restrictiva, y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas». Otras instituciones de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han interpretado el derecho a la vida de un modo similar. Obsérvese que la Asamblea General ha expresado indirectamente la conexión entre la falta de acceso a la asistencia humanitaria y las normas de derechos humanos en sus resoluciones 43/131 y 45/100.

[106] Entre los derechos en la materia cabe citar los derechos a la alimentación, a estar protegido contra el hambre, a la vivienda y al vestido (art. 11), los derechos a la salud y a los servicios médicos (art. 12), los derechos al agua y el saneamiento (art. 12) y el derecho a no ser discriminado (art. 2 2)). En el contexto de la protección de los desplazados internos, el Representante del Secretario General afirmó con razón lo siguiente: «Cabe por ello sostener que los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen la obligación como mínimo de no rechazar injustificadamente los ofrecimientos de asistencia internacional en casos de problemas humanitarios inminentes que afecten gravemente a las necesidades de subsistencia de los desplazados internos y, quizás, una obligación de aceptar los ofrecimientos razonables. […] Negarse a aceptar un ofrecimiento de cooperación y asistencia internacionales cuando sean necesarias para hacer efectivos los derechos de subsistencia reconocidos en el marco del tratado podría considerarse que constituye, como mínimo, una medida deliberadamente regresiva y, como máximo, una infracción de las obligaciones dimanantes del tratado» (E/CN.4/1996/52/Add.2, párr. 365).

[107] E/CN.4/1998/53/Add.2.

[108] A/59/2005, párr. 210.

prestar la asistencia que se necesita en una determinada situación o no está dispuesto a ello[109]. Así, en ese contexto, se ha reconocido el derecho soberano a otorgar el consentimiento, pero con la salvedad de que en determinadas circunstancias no podrá denegarse arbitrariamente.

63. El derecho internacional humanitario incluye diversas disposiciones en las que se estipulan las obligaciones de una parte en un conflicto armado con o sin carácter internacional y las obligaciones de una potencia ocupante. En el artículo 59 del Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) se señala, como obligación positiva, que:

> Cuando la población de un territorio ocupado o parte de la misma esté insuficientemente abastecida, la Potencia ocupante *aceptará** las acciones de socorro en favor de dicha población, *facilitándolas** en toda la medida de sus medios.

La necesidad de la población opera aquí como el factor que desencadena la obligación de aceptar y facilitar acciones de socorro en favor de la población de un territorio ocupado.

64. En un territorio no ocupado que se halle bajo el control de una parte en un conflicto internacional, el artículo 70, párr. 1, del 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) dispone que:

> Cuando la población civil de cualquier territorio que, sin ser territorio ocupado, se halle bajo el control de una Parte en conflicto esté insuficientemente dotada de los suministros mencionados en el artículo 69, se llevarán a cabo, *con sujeción al acuerdo** de las Partes interesadas, acciones de socorro que tengan carácter humanitario e imparcial y sean realizadas sin ninguna distinción de carácter desfavorable.

En este caso se tiene en cuenta, con respecto a la obligación de aceptar la asistencia humanitaria, no solo la necesidad de la población sino también la naturaleza de las acciones de socorro. La norma estipula que debe haber una aceptación antes de emprender las acciones humanitarias en favor de la población civil.

65. El consentimiento se exige más explícitamente en el artículo 18, párr. 2, del 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), que dice lo siguiente:

> Cuando la población civil esté padeciendo privaciones extremadas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia, tales como víveres y suministros sanitarios, se emprenderán, *con el consentimiento** de la Alta Parte contratante interesada, acciones de socorro en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial y realizadas sin distinción alguna de carácter desfavorable.

Esa disposición, que se refiere a las situaciones que se producen dentro de las fronteras de un Estado, como ocurre también frecuentemente con los desastres, confirma la norma de que la asistencia humanitaria debe ir precedida del consentimiento del Estado en cuyo territorio se prestará la asistencia. En caso de desastre, ese Estado será el Estado afectado.

66. Sin embargo, se ha planteado la cuestión de hasta qué punto los Estados son libres de otorgar o denegar su consentimiento en un conflicto armado. En las versiones de los proyectos de los Protocolos adicionales de 1972 y 1973 figuraba una obligación de aceptar el socorro, si este cumplía determinados requisitos como la imparcialidad y la humanidad[110]. Con objeto de proteger la soberanía del Estado que acepta el socorro, se añadió el requisito del consentimiento, al tiempo que se indicaba claramente que esa condición:

> no implicaba que las Partes en cuestión tuviesen una libertad absoluta e ilimitada para no conceder su acuerdo a las acciones de socorro. Una Parte que no conceda su acuerdo debe hacerlo por motivos válidos, no por motivos arbitrarios o caprichosos[111].

En consecuencia, se ha mantenido que el consentimiento no se puede denegar arbitrariamente, ya que lo contrario privaría de significado a la disposición[112].

67. El Instituto de Derecho Internacional se ocupó dos veces de la cuestión del consentimiento en el contexto de la asistencia humanitaria. En el artículo 5, segundo párrafo, de su resolución de 1989 sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, se indica:

> Los Estados en cuyos territorios existan estas situaciones de emergencia (en que se vea gravemente amenazada la vida o la salud de la población) *no rechazarán arbitrariamente** tales ofrecimientos de asistencia humanitaria[113].

68. En 2003, el Instituto se ocupó de nuevo de esa cuestión. La resolución que aprobó sobre el tema de la denegación del consentimiento resulta pertinente de diversas maneras. El texto sobre la cuestión, bajo el encabezamiento «Obligación de los Estados afectados de no rechazar arbitrariamente un ofrecimiento *bona fide* de asistencia humanitaria» dice así:

> Los Estados afectados están obligados a no rechazar arbitraria e injustificadamente un ofrecimiento *bona fide* cuya intención exclusiva sea prestar asistencia humanitaria, ni denegar el acceso a las víctimas. En particular, no podrán rechazar un ofrecimiento ni denegar el acceso si es probable que ello ponga en peligro los derechos humanos fundamentales de las víctimas o equivaldría a una violación de la prohibición, como método de guerra, de hacer padecer hambre a las personas civiles[114].

Es interesante que los miembros del Instituto consideraran necesario añadir «injustificadamente» a «arbitrariamente». Ello puede significar que, en su opinión, si se hubiese incluido solo el término «arbitrariamente», habría quedado demasiado implícita la necesidad de exponer los motivos que justifican la decisión de rechazar un ofrecimiento *bona fide*.

---

[109] La cuestión de «ser incapaz» o «no estar dispuesto» se examina más abajo (párrs. 70 y 71).

[110] CICR, *Proyectos de Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comentarios*.

[111] CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, párr. 2805.

[112] Bothe, «Relief Actions», pág. 171.

[113] Instituto de Derecho Internacional, «La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États», pág. 340. El texto en francés está redactado con unos términos claramente obligatorios («Les États sur le territoire desquels de telles situations de détresse existent ne refuseront pas arbitrairement de pareilles offres de secours humanitaires»), mientras que la versión en inglés dice: «States in whose territories these emergency situations exist *should** not arbitrarily reject such offers of humanitarian assistance».

[114] Instituto de Derecho Internacional, «L'assistance humanitaire», pág. 274.

69. Existe además una última labor destacable de carácter privado llevada a cabo por Schindler quien, en 1995, había redactado un conjunto de normas derivadas de varios instrumentos jurídicamente vinculantes y no vinculantes, de algunos de los cuales nos hemos ocupado más arriba. La norma 6 dice lo siguiente:

> Los Estados tienen la *obligación de admitir* la asistencia humanitaria proporcionada por Estados y organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales de acuerdo con el derecho internacional. No pueden denegar arbitrariamente su consentimiento[115].

70. El análisis precedente es particularmente aplicable cuando un Estado afectado carece de los recursos necesarios o no desea activarlos para proporcionar protección y asistencia a las personas necesitadas que se encuentren en su territorio. En otras palabras, cuando un Estado es incapaz de proteger y asistir a las personas en su territorio afectadas por un desastre o no está dispuesto a ello, puede estar justificada una disposición que limite razonablemente la norma general sobre el consentimiento. En efecto, el Relator Especial llega a la conclusión de que el Estado, para cumplir efectivamente con su obligación de asegurar la protección y asistencia, no puede utilizar el consentimiento, que es uno de sus derechos fundamentales, si tiene por resultado la falta o reducción de la protección y asistencia cuando se necesita una asistencia externa apropiada que está disponible.

71. La determinación de cuándo la conducta de un Estado equivale a ser incapaz o no estar dispuesto ha de hacerse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso y no puede ser tratada de forma exhaustiva. La condición objetiva de incapacidad puede cumplirse si el Estado afectado carece claramente de los bienes o servicios necesarios. Puede considerarse que un Estado no está dispuesto a prestar asistencia cuando posee los recursos y la capacidad necesarios para un socorro adecuado, pero ha indicado que no desea utilizarlos.

72. Que una decisión de no aceptar la asistencia sea arbitraria o no depende de las circunstancias concretas y debe determinarse caso por caso. La práctica al respecto no es concluyente y, por ello, es de poco valor para extraer una norma general. Los ejemplos mencionados más arriba pueden ya proporcionar una idea de qué podría considerarse arbitrario a los efectos de aceptar o rechazar la asistencia humanitaria.

73. Como ya se ha indicado, la falta de una necesidad clara de proporcionar asistencia puede ser un motivo de rechazo que no es arbitrario[116]. Otro motivo para rechazar la asistencia humanitaria que no es arbitrario puede encontrarse cuando no se cumplen determinados criterios. En el proyecto de artículo 6 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción se ha reconocido que la asistencia humanitaria debe ajustarse a determinados principios humanitarios. El principio de humanidad debe asegurar que la asistencia se centre en los derechos y las necesidades de las personas afectadas[117]. «Neutralidad» e «imparcialidad» implican que la asistencia que se ofrece no tiene ninguna connotación política. Además, esos principios humanitarios significan también que la asistencia ofrecida no exige nada a cambio. Por ello, la conformidad con los principios asegura que las actividades de asistencia no se llevan a cabo «con otro propósito que el de responder al desastre»[118]. Así, el proyecto de artículo 6 aprobado provisionalmente garantiza que la asistencia humanitaria que se ofrece a un Estado afectado cumplirá determinados criterios de modo que proporcione motivos suficientes, en principio, para ser aceptada. Por ello, si un ofrecimiento cumple realmente esos criterios, el Estado afectado debe tener motivos muy sólidos y válidos para escoger no otorgar su consentimiento. Si deniega su consentimiento sin que se den esos motivos, podrá considerarse que el Estado lo ha hecho «arbitrariamente».

74. Además, la decisión de rechazar la asistencia humanitaria implica una obligación del Estado afectado de, como mínimo, proporcionar al Estado que ofrece la asistencia motivos legítimos que sirvan de fundamento a esa decisión. Esa conclusión es más evidente en el contexto del derecho internacional humanitario, donde, de acuerdo con el comentario al artículo 70 del 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), solo se puede denegar la aceptación por motivos válidos, no por motivos arbitrarios o caprichosos[119]. Junto a esa afirmación, en el comentario se explica que:

> [s]i la supervivencia de la población se ve amenazada y una organización humanitaria que cumple las condiciones requeridas de imparcialidad y carácter no discriminatorio es capaz de poner remedio a la situación, las acciones de socorro deben llevarse a cabo. [...] Las autoridades [...] no pueden rechazar ese socorro sin buenas razones[120].

De acuerdo con ese pasaje, «no pueden rechazar ese socorro sin buenas razones» significa que un Estado debe tener motivos sólidos y válidos para no otorgar el consentimiento cuando la población necesita asistencia. De ese modo, para que el Estado afectado no deniegue su consentimiento arbitrariamente se exige también que indique los motivos de su decisión de no consentir. Un mecanismo más transparente contribuye a la eficacia del sistema de protección y asistencia en caso de desastres.

75. Además, no se puede prorrogar injustificadamente el plazo para decidir sobre un ofrecimiento de asistencia humanitaria. La rapidez con la que se proporcione el socorro es decisiva. A todas las partes implicadas les conviene saber lo antes posible qué decide con respecto a la asistencia externa o su ofrecimiento el Estado afectado. Con ese espíritu, la Asamblea General incluyó los párrafos siguientes en sus resoluciones 43/131, de 8 de diciembre de 1988[121] y 45/100, de 14 de diciembre de 1990[122]:

---

[115] Schindler, «The right to humanitarian assistance: right and/or obligation?», párr. 6.

[116] Véase E/CN.4/1996/52/Add.2. Schindler («L'assistance humanitaire. Travaux préparatoires», pág. 413, párr. 5), utiliza la expresión «una necesidad urgente de ayuda». Hardcastle y Chua («Asistencia humanitaria: hacia el derecho de tener acceso a las víctimas de desastres naturales») consideran la necesidad de mantener la vida y la dignidad en los desastres naturales como motivo suficiente para justificar una obligación de aceptar la asistencia humanitaria.

[117] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 310.

[118] Ibíd., párr. 311.

[119] CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, párrs. 2795 y 2805.

[120] Ibíd., párr. 4885.

[121] Párrafos noveno y décimo del preámbulo.

[122] Párrafos octavo y noveno del preámbulo.

Preocupada por las dificultades y los obstáculos con que pueden tropezar las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares para recibir asistencia humanitaria,

Convencida de que, en la prestación de asistencia humanitaria, en particular en el suministro de alimentos, medicamentos y atención médica, en que es indispensable tener acceso a las víctimas, la celeridad permite evitar que el número de esas víctimas aumente trágicamente.

En el Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil se incluye lo siguiente en el artículo 3, apdo. *e*, entre los principios que los Estados partes se comprometen a respetar al prestar asistencia en caso de desastre:

Los Estados destinatarios examinarán y responderán cuanto antes las ofertas y solicitudes de asistencia.

Toda demora debe ser justificada como corresponde. En el contexto de los conflictos armados internacionales, en el comentario del CICR al artículo 70 del 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) se afirma que, en términos concretos, la demora solo puede estar realmente justificada si por motivos de seguridad es imposible penetrar en el territorio donde está situada la población receptora[123]. De modo similar, motivos de seguridad nacional pueden ser válidos para justificar una demora en la decisión de aceptar o no un ofrecimiento de asistencia en caso de desastre. Por consiguiente, la decisión de rechazar o aceptar la asistencia humanitaria debe tomarse por buenas razones y sin demora por parte del Estado afectado.

76. En conclusión, la norma sobre el consentimiento para la asistencia humanitaria debe ajustarse al objetivo de la labor de la Comisión sobre este tema, que se define en el proyecto de artículo 2 aprobado provisionalmente por la Comisión[124]. Para reforzar ese objetivo, en cuanto a la adecuación y la eficacia de la respuesta, la asistencia humanitaria no se debe rechazar arbitrariamente si es necesaria y apropiada para satisfacer las necesidades básicas de las personas interesadas, con pleno respeto a sus derechos. Por ello, en todos los regímenes de protección y en la formulación aprobada por la Asamblea General, la situación de las personas necesitadas es fundamental para justificar una limitación del consentimiento. Además, una mayor claridad y transparencia para mejorar el sistema de respuesta, exigiendo que el Estado afectado explique su conducta, en particular en caso de rechazar la asistencia humanitaria, podría ayudar en los aspectos operacionales de la cuestión.

77. Teniendo en cuenta esas consideraciones, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo[125]:

«*Proyecto de artículo 11. Obligación del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento*

1. El consentimiento para la asistencia externa no se denegará arbitrariamente si el Estado afectado es incapaz de prestar la asistencia necesaria o no está dispuesto a ello.

2. Cuando se haga un ofrecimiento de asistencia conforme al proyecto de artículo 12 del presente proyecto de artículos, el Estado afectado notificará sin demora a todos los interesados su decisión sobre ese ofrecimiento.»

[123] CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, párr. 2846.

[124] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 330.

[125] Ese proyecto de artículo va inmediatamente después del texto sobre el consentimiento propuesto por el Relator Especial en su tercer informe (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/629, párr. 96) como párrafo 2 del proyecto de artículo 8, que se remitió al Comité de Redacción y está siendo examinado por él.

Capítulo III

Derecho a ofrecer asistencia en la comunidad internacional

78. A lo largo de todo el análisis de los tres informes anteriores del Relator Especial y con la consiguiente aprobación provisional de nueve proyectos de artículos en la Comisión, se ha proporcionado una valiosa orientación sobre el fundamento jurídico internacional de la protección de las personas en casos de desastre. La solidaridad es la base en la que se sustentan los principios de humanidad, neutralidad, imparcialidad y no discriminación, se han revelado como el marco jurídico que define la presente labor (proyecto de artículo 6). La protección de la persona, a su vez, sigue siendo el objetivo y la inspiración esenciales, reflejada en la preocupación de la Comisión por la dignidad inherente a la persona humana (proyecto de artículo 7) y la protección de los derechos humanos (proyecto de artículo 8).

79. Por su parte, también la función del Estado afectado ha sido examinada por la Comisión. Su definición se ha inspirado igualmente en la dignidad y los derechos humanos, ya que el Estado afectado tiene la obligación de asegurar la protección de las personas en su territorio. De modo similar, le corresponde al Estado afectado el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de las labores para prestar socorro y asistencia en su territorio (proyecto de artículo 9).

80. Así interpretada, la protección de las personas en casos de desastre es un proyecto de la comunidad internacional en su conjunto, que gira en torno a la responsabilidad primordial del Estado afectado y su soberanía. Esa es la piedra angular de la estructura jurídica, que está enmarcada por los principios de humanidad, neutralidad, imparcialidad y no discriminación, y se asienta en la solidaridad.

81. En su condición de miembros de la comunidad internacional, los Estados no afectados tienen un interés en que se proteja a las personas en los casos de desastre que no ocurran dentro de su territorio. Ese interés hay que comprenderlo en el contexto de la responsabilidad primordial del Estado afectado de proteger a las personas en su territorio, ya que es también una expresión del

principio de humanidad, asentado en la solidaridad. Además, el reconocimiento de ese interés desempeña una función decisiva para preservar la dignidad humana en casos de desastres y proteger los derechos humanos.

82. Quizás el ejemplo más destacado del interés de los Estados no afectados en que se proteja a las personas fuera de su territorio es cuando se produce un peligro para la salud. En ese caso, el Reglamento Sanitario Internacional[126] de 2005 impone a todos los Estados miembros de la OMS la obligación de comunicar las pruebas de que una víctima humana fuera de su territorio no está siendo tratada adecuadamente. Con arreglo al artículo 9, párr. 2:

> Los Estados Partes informarán a la OMS, en la medida de lo posible, antes de que transcurran 24 horas desde que hayan tenido conocimiento de ellas, de las pruebas de que se haya producido fuera de su territorio un riesgo para la salud pública que podría causar la propagación internacional de una enfermedad, puesta de manifiesto por la exportación o importación de:
>
> *a*) casos humanos;
>
> *b*) vectores portadores de infección o contaminación; o
>
> *c*) mercancías contaminadas.

83. Esa doble naturaleza del desastre como responsabilidad primordial del Estado o los Estados afectados, por un lado, y como acontecimiento mundial de interés para la comunidad internacional en su conjunto, por otro, fue advertido antes por los 186 Estados que aprobaron el Marco de Acción de Hyogo[127] de 2005, en cuyo párrafo 13, apdo. *b*, se confirma la Estrategia de Yokohama de 1994 y se dispone lo siguiente:

> Teniendo en cuenta la importancia de la cooperación y la asociación internacionales, recae principalmente en cada Estado la responsabilidad de perseguir su propio desarrollo sostenible y de adoptar medidas eficaces para reducir los riesgos de desastre, en particular para la protección de la población que se halla en su territorio, la infraestructura y otros bienes nacionales contra el impacto de los desastres. Al mismo tiempo, en el contexto de la creciente interdependencia mundial, se precisa de una cooperación internacional concertada y de un entorno internacional propicio para estimular y contribuir al desarrollo de los conocimientos, las capacidades y la motivación necesarios para la reducción de los riesgos de desastre a todo nivel.

84. Se puede encontrar una esfera de complementariedad apropiada entre la responsabilidad primordial del Estado afectado y el interés de los Estados no afectados en la protección de las personas en casos de desastre en el derecho de estos últimos a ofrecer asistencia en casos de desastre. En la comunidad internacional, ofrecer asistencia es la manifestación práctica de la solidaridad, que informa la presente labor desde sus primeros inicios. Como tal, es el corolario lógico del reconocimiento de que la protección de las personas en casos de desastre es un asunto intrínsecamente mundial, que pone a prueba la capacidad del Estado soberano afectado, pero confirma la importancia de su función como responsable primordial de proteger a su población.

85. Ese enfoque holístico de los conflictos hace mucho que viene siendo parte de la evolución del derecho internacional, sobre todo en el contexto del derecho internacional humanitario. Ya en 1907, en la Convención (I) para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales se estableció el derecho de los terceros a ofrecer su asistencia en caso de conflicto internacional, al tiempo que se reconocía el derecho de los Estados en conflicto a rechazar los medios de reconciliación que se les pudiesen ofrecer. Con arreglo al artículo 3 de la Convención:

> Independientemente de este recurso, las Potencias signatarias juzgan útil y *deseable* que una o varias Potencias extrañas al conflicto ofrezcan por su propia iniciativa, en cuanto las circunstancias lo permitan, sus buenos oficios o su mediación a los Estados en conflicto.
>
> El derecho de ofrecer los buenos oficios o la mediación, pertenece a las Potencias ajenas al conflicto, aun durante el curso de las hostilidades.
>
> El ejercicio de este derecho no puede nunca ser considerado por una u otra de las Partes en litigio como acto poco amistoso.

86. Además, el mismo principio que prevé el derecho de los terceros a ofrecer asistencia se puede encontrar en el párrafo 2 del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra:

> En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:
>
> [...]
>
> 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.
>
> Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

87. De modo similar, en el artículo 18 del 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) se ha reconocido el derecho de los terceros a ofrecer asistencia en caso de conflicto:

> 1. Las sociedades de socorro establecidas en el territorio de la Alta Parte contratante, tales como las organizaciones de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos), podrán ofrecer sus servicios para el desempeño de sus funciones tradicionales en relación con las víctimas del conflicto armado. La población civil puede, incluso por propia iniciativa, ofrecerse para recoger y cuidar los heridos, enfermos y náufragos.
>
> 2. Cuando la población civil esté padeciendo privaciones extremadas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia, tales como víveres y suministros sanitarios, se emprenderán, con el consentimiento de la Alta Parte contratante interesada, acciones de socorro en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial y realizadas sin distinción alguna de carácter desfavorable.

A. Ofrecimientos de asistencia de Estados no afectados

88. La mentalidad holística ha inspirado más avances jurídicos internacionales recientes, al margen del derecho de los conflictos armados. En lo que respecta específicamente a la presente labor, el derecho del Estado a ofrecer asistencia en el contexto de la respuesta a los desastres también ha sido reconocido en múltiples tratados internacionales. En la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, el artículo 2,

---

[126] Resolución de la OMS WHA58.3.

[127] Estrategia Internacional de las Naciones Unidas para la Reducción de los Desastres. Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres (18 a 22 de enero de 2005) (A/CONF.206/6, resolución 2).

párr. 4, crea un sistema de ofrecimiento abierto de asistencia en caso de desastres nucleares, en los términos siguientes:

Los Estados Parte deberán, dentro de los límites de sus capacidades, identificar y notificar al Organismo los expertos, el equipo y los materiales con que se podría contar para la prestación de asistencia a otros Estados Parte en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, así como los términos, sobre todo los términos financieros, en que podría prestarse dicha asistencia.

89. A su vez, en la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre, ese derecho aparece en el artículo I, apdo. *b*, que dispone que

la aceptación de un Estado Parte del ofrecimiento de auxilio por otro Estado Parte será considerada como solicitud de asistencia.

En el artículo II de la misma Convención se desarrollan las normas aplicables a la posibilidad de ofrecer asistencia sobre la base de un ofrecimiento previo del Estado no afectado, seguido de la aceptación voluntaria del Estado afectado. El sistema se expone en la Convención del siguiente modo:

a. Las solicitudes, ofrecimientos y aceptaciones de asistencia, dirigidos por un Estado Parte a otro serán transmitidos por los canales diplomáticos o por la Autoridad Nacional Coordinadora de acuerdo con las circunstancias.

b. El Estado auxiliador al ocurrir un desastre mantendrá consultas con el Estado auxiliado a fin de recibir de este último información sobre el tipo de auxilio que se considere más apropiado prestar a las poblaciones afectadas como consecuencia de dicho desastre.

c. Con el objeto de facilitar la prestación de asistencia, los Estados Partes que la acepten deberán notificar rápidamente a sus autoridades nacionales competentes y/o a la Autoridad Nacional Coordinadora para que otorguen las facilidades del caso al Estado auxiliador, de acuerdo con la presente Convención.

90. Una solución similar se encontró en 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 el que también figura una formulación en la que se reconoce el derecho a ofrecer asistencia. Conforme al artículo 4, párrs. 5 y 6:

5. Los Estados Partes no proporcionarán ninguna asistencia de telecomunicaciones en aplicación del presente Convenio sin el consentimiento del Estado Parte solicitante, el cual conservará la facultad de rechazar total o parcialmente la asistencia de telecomunicaciones ofrecida por otro Estado Parte en cumplimiento del presente Convenio, de conformidad con su propia legislación y política nacional.

6. Los Estados Partes reconocen el derecho de un Estado Parte solicitante a pedir directamente asistencia de telecomunicaciones a entidades no estatales y organizaciones intergubernamentales, así como el derecho de toda entidad no estatal y entidad gubernamental a proporcionar, de acuerdo con la legislación a la que estén sometidas, asistencia de telecomunicaciones a los Estados Partes solicitantes con arreglo al presente artículo.

91. Confirmando la tendencia, en el artículo 3 del Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil se establece:

Los Estados Partes se comprometen a observar los siguientes principios durante las actuaciones de asistencia a la hora que un Estado se ve amenazado o afectado por una catástrofe:

a) Solo podrá prestarse la asistencia que haya solicitado el Estado Beneficiario o la que haya propuesto el Estado Solidario con el consentimiento del Estado Beneficiario.

b) Toda oferta de asistencia deberá observar la soberanía, la independencia y la integridad territorial del Estado Beneficiario así como el principio de la no intervención en los asuntos internos de tal Estado; además, ella deberá prestarse respetando los usos y costumbres. Tal ayuda no debería considerarse como una injerencia en los asuntos internos del Estado Beneficiario.

c) La asistencia deberá prestarse sin hacer distinción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, convicción política o de otra índole, pertenencia nacional o social, fortuna, origen o demás situaciones.

d) La asistencia se proporcionará en un espíritu de humanidad, solidaridad e imparcialidad.

e) Los Estados destinatarios examinarán y responderán cuanto antes las ofertas y solicitudes de asistencia.»

92. Más recientemente, en el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia se estableció el principio rector siguiente (art. 3, párr. 1):

Al aplicar el presente Acuerdo, se respetarán la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de las Partes de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado de Amistad y Cooperación en el Asia Sudoriental. En ese contexto, cada Parte afectada tendrá la responsabilidad primordial de responder a los desastres que ocurran dentro de su territorio y la asistencia o los ofrecimientos de asistencia externa únicamente se materializarán previa petición o con el consentimiento de la Parte afectada.

93. El derecho a ofrecer asistencia se reconoce también en otros muchos instrumentos internacionales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha expuesto la obligación individual de los Estados de contribuir en situaciones de emergencia, y su interés en hacerlo, en su Observación general n.º 14 (2000)[128], relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), cuyo párrafo 40 dice lo siguiente:

De acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la Asamblea Mundial de la Salud, los Estados Partes tienen la obligación individual y solidaria de cooperar en la prestación de ayuda en casos de desastre y de asistencia humanitaria en situaciones de emergencia, incluida la prestación de asistencia a los refugiados y los desplazados dentro del país. Cada Estado debe contribuir a esta misión hasta el máximo de su capacidad. Al proporcionar ayuda médica internacional y al distribuir y administrar recursos tales como el agua limpia potable, los alimentos, los suministros médicos y la ayuda financiera, hay que otorgar prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población. Además, dado que algunas enfermedades son fácilmente transmisibles más allá de las fronteras de un Estado, recae en la comunidad internacional la responsabilidad solidaria por solucionar este problema. Los Estados Partes económicamente desarrollados tienen una responsabilidad y un interés especiales en ayudar a los Estados en desarrollo más pobres a este respecto.

94. Además, varias organizaciones de expertos que se ocupan del desarrollo del derecho internacional han defendido también el derecho a ofrecer asistencia en casos de desastre. Así, el Instituto de Derecho Internacional, en el artículo 5 de su resolución de 1989 sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, indicó:

El ofrecimiento por un Estado, un grupo de Estados, una organización internacional o un órgano humanitario imparcial como el Comité

[128] Véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, Suplemento n.º 2*, Informe sobre los períodos de sesiones 22.º, 23.º y 24.º, anexo IV.

Internacional de la Cruz Roja de alimentos y artículos médicos a otro Estado en cuyo territorio se vea gravemente amenazada la vida o la salud de la población no puede considerarse una intervención ilegítima en los asuntos internos de ese Estado. Sin embargo, tales ofrecimientos de asistencia no revestirán, particularmente en razón de los medios utilizados para llevarlos a la práctica, una forma que sugiera una amenaza de intervención armada o cualquier otra medida de intimidación; la asistencia se entregará y distribuirá sin discriminación alguna.

Los Estados en cuyos territorios existan estas situaciones de emergencia no rechazarán arbitrariamente tales ofrecimientos de asistencia humanitaria[129].

95. Desarrollando ese principio, más recientemente, el Instituto de Derecho Internacional ha dotado de contenido a un derecho específico de ofrecer asistencia en su resolución de 2003 sobre la asistencia humanitaria. Con arreglo al artículo IV, existe el siguiente derecho específico:

Derecho a ofrecer y proporcionar asistencia humanitaria

1. Los Estados y las organizaciones tienen el derecho de ofrecer asistencia humanitaria al Estado afectado. Ese ofrecimiento no se considerará una interferencia ilícita en los asuntos internos del Estado afectado, en la medida en que tenga un carácter exclusivamente humanitario.

2. Los Estados y las organizaciones tienen el derecho de proporcionar asistencia humanitaria a las víctimas en los Estados afectados, a condición de que esos Estados otorguen su consentimiento[130].

B. Ofrecimientos de asistencia de organizaciones internacionales y otros agentes humanitarios

96. El interés de la comunidad internacional en la protección de las personas en casos de desastre se puede lograr mejor mediante la colaboración oportuna de organizaciones internacionales y otros agentes humanitarios, siempre en el marco de los principios de humanidad, neutralidad, imparcialidad y no discriminación, asentados en la solidaridad.

97. Varios de los instrumentos mencionados anteriormente que establecen el derecho de los Estados no afectados a ofrecer asistencia reconocen también esa facultad a las organizaciones internacionales y otros agentes humanitarios. Además, también se han ocupado específicamente de los ofrecimientos de asistencia de esos agentes, que forman parte igualmente del acervo del derecho internacional de respuesta a los desastres.

98. En el ámbito de las Naciones Unidas, el Secretario General ha sido considerado competente para exhortar a los Estados a ofrecer asistencia a las víctimas de desastres naturales y otras situaciones de desastre, por ejemplo, en las resoluciones de la Asamblea General 43/131, de 8 de diciembre de 1988 (Asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares), 36/225, de 17 de diciembre de 1981 (Fortalecimiento de la capacidad del sistema de las Naciones Unidas para responder en situaciones de desastres naturales y de otra índole) y 46/108, de 16 de diciembre de 1991 (Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas en África).

99. La OMS, por su parte, ha recibido la potestad expresa de ofrecer su asistencia en caso de peligro mundial para la salud. De acuerdo con el artículo 10, párr. 3, del Reglamento Sanitario Internacional de 2005,

Cuando la OMS reciba información sobre un evento que puede constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional, ofrecerá su colaboración al Estado Parte de que se trate para evaluar la posibilidad de propagación internacional de la enfermedad, las posibles trabas para el tráfico internacional y la idoneidad de las medidas de control. Esas actividades podrán incluir la colaboración con otras organizaciones normativas y la oferta de movilizar asistencia internacional con el fin de prestar apoyo a las autoridades nacionales para realizar evaluaciones *in situ* y coordinarlas. A petición del Estado Parte, la OMS proporcionará información en apoyo de esa oferta[131].

100. Con carácter similar, en virtud del artículo 5, apdo. *d*, de la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, al OIEA se le concedió la potestad de:

[o]frecer sus buenos oficios a los Estados Parte y Estados Miembros en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica.

101. El Instituto Internacional de Derecho Humanitario aprobó un enfoque equivalente en sus Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria (Principios de San Remo, de 1993, de los que el Principio 5 dispone:

Las autoridades nacionales, las organizaciones nacionales e internacionales, en cuyo estatuto se prevea la posibilidad de prestar asistencia humanitaria, como el del CICR y el del ACNUR, así como de otros órganos del sistema de las Naciones Unidas y el de organizaciones de índole humanitaria, tienen derecho a ofrecer esa asistencia si se reúnen las condiciones enunciadas en los presentes Principios. Los Estados no deben considerar este ofrecimiento como un acto poco amistoso o como una injerencia en sus asuntos internos. Las autoridades de los Estados concernidos, que ejercen sus derechos soberanos, deben cooperar para que pueda suministrarse la asistencia humanitaria ofrecida a su población)[132].

102. Las organizaciones no gubernamentales de carácter humanitario también han desempeñado una función fundamental en la respuesta a los desastres. La Asamblea General así lo reconoció decididamente cuando en la resolución 43/131, de 8 de diciembre de 1988 (Asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares) afirmó:

La Asamblea General,

[...]

Consciente de que, junto a la acción de los gobiernos y de las organizaciones intergubernamentales, la rapidez y la eficacia de esa asistencia descansan a menudo en la cooperación y la ayuda de organizaciones locales y de organizaciones no gubernamentales que actúan con fines estrictamente humanitarios,

[...]

3. *Subraya* la importante contribución que aportan a la asistencia humanitaria las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales que actúan con fines estrictamente humanitarios;

4. *Invita* a todos los Estados que necesitan ese tipo de asistencia a facilitar la prestación por dichas organizaciones de asistencia

[129] Instituto de Derecho Internacional, «La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États», pág. 344 (relator: G. Sperduti).

[130] Instituto de Derecho Internacional, «Assistance humanitaire», pág. 270 (relator: Budislav Vukas).

[131] Véase la nota 126 *supra*.

[132] Instituto Internacional de Derecho Humanitario, «Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria», págs. 552.

humanitaria, especialmente el suministro de alimentos, medicamentos y atención médica, para lo cual es indispensable el acceso a las víctimas;

5. *Hace un llamamiento*, en consecuencia, a todos los Estados para que presten apoyo a dichas organizaciones, donde sea necesario, en sus actividades de asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares.

103. El ofrecimiento de asistencia de las organizaciones no gubernamentales de carácter humanitario es por ello un aspecto decisivo del presente proyecto, que puede encontrarse también en manifestaciones anteriores del derecho internacional. La mayoría de los instrumentos que reconocen el derecho de los Estados y las organizaciones internacionales también hacen extensible esa facultad a las organizaciones humanitarias. En el contexto del derecho internacional humanitario, en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y el artículo 18 del 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) (citados ambos en los párrafos 86 y 87 *supra*) se reconoce el derecho de las organizaciones humanitarias a ofrecer su asistencia en caso de conflicto.

104. Los Principios Rectores de los desplazamientos internos, a su vez, establecen en el Principio 25:

1. La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales.

2. Las organizaciones humanitarias internacionales y otros partícipes competentes tienen derecho a ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos. Este ofrecimiento no podrá ser considerado como acto inamistoso ni como injerencia en los asuntos internos del Estado y será examinado de buena fe. Su aceptación no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria[133].

105. La práctica internacional reciente parece indicar la existencia de una práctica amplia y constante de los Estados y las organizaciones internacionales y no gubernamentales de hacer ofrecimientos de asistencia a un Estado afectado por un desastre. Según las informaciones de prensa, en respuesta al terremoto y el tsunami sufridos por el Japón el 11 de marzo de 2011, unos 113 países habían ofrecido asistencia al 17 de marzo[134]. Asimismo, fuentes periodísticas y del Congreso de los Estados Unidos indican que, después del huracán Katrina de 2005, numerosos Estados ofrecieron a dicho país un total de 854 millones de dólares en efectivo y en especie[135]. De modo similar, muchas organizaciones internacionales han hecho ofrecimientos de asistencia a Estados afectados por un desastre. Por ejemplo, según informaciones de prensa, después del terremoto de Haití del 12 de enero de 2010, la UE ofreció 337 millones de euros en ayuda al país devastado[136]. Además de los 113 Estados que ofrecieron asistencia al Japón después del terremoto y el tsunami de 2011, 24 organizaciones internacionales hicieron ofrecimientos de asistencia humanitaria[137].

106. El Relator Especial llega a la conclusión de que el derecho a ofrecer asistencia no se limita a los Estados no afectados, sino que se aplica también a las organizaciones internacionales cuyo mandato pueda interpretarse que incluye ese ofrecimiento y a otras organizaciones humanitarias. Mediante el reconocimiento de ese derecho, los presentes proyectos completan el panorama de los agentes necesarios para lograr el interés de la comunidad internacional en la protección de las personas en casos de desastre.

C. No injerencia

107. Los instrumentos internacionales que prevén el derecho de los agentes correspondientes a ofrecer asistencia en caso de desastre o situaciones similares coinciden en reiterar la premisa básica del tercer informe del Relator Especial de que cualquier ofrecimiento de ese tipo no debe considerarse una injerencia en los asuntos internos del Estado beneficiario ni una violación de su soberanía. Por ejemplo, en el artículo 3, apdo. *b*, del Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil[138] se indica que los ofrecimientos de asistencia no deberían considerarse como una injerencia en los asuntos internos del Estado beneficiario. De modo similar, en el Principio 5 de los Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria figura la disposición de que los ofrecimientos de asistencia no deben considerarse un acto hostil ni una injerencia en los asuntos internos de un Estado[139].

108. Lo mismo se establece en instrumentos jurídicos de esferas conexas. Los Principios Rectores de los desplazamientos internos disponen que los ofrecimientos de asistencia no podrán ser considerados como acto inamistoso ni como injerencia en los asuntos internos del Estado[140]. En el comentario al artículo 18 del 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) se afirma también que el ofrecimiento hecho por la FICR no debe considerarse una injerencia en los asuntos internos de un Estado o un ataque a su soberanía, se acepte o no ese ofrecimiento[141].

109. Tomando en consideración cuanto antecede, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo 12 sobre el derecho a ofrecer asistencia:

«*Proyecto de artículo 12. Derecho a ofrecer asistencia*

En respuesta a los desastres, los Estados, las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales competentes y las organizaciones no gubernamentales pertinentes tendrán derecho a ofrecer asistencia al Estado afectado.»

[133] E/CN.4/1998/53/Add.2.

[134] Puede consultarse la lista completa de los ofrecimientos de asistencia de los Estados en Reuters, «Factbox: Aid and rescue offers for Japan quake», 17 de marzo de 2011.

[135] Bill Rodgers, «Katrina Foreign Aid Handling Generates Criticism», Voice of America, 14 de mayo de 2007.

[136] Reuters, «EU offers over 400 million euros quake aid to Haiti», 18 de enero de 2010.

[137] Véase la nota 134 *supra*.

[138] Véase el párrafo 91 *supra*.

[139] Véase la nota 132 *supra*.

[140] E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo, Principio 25, párr. 2.

[141] CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, párr. 4892.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/646

Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial

[Original: ruso]
[24 de mayo de 2011]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		237
Obras citadas en el presente informe		238
	Párrafos	
Introducción	1-10	239
Capítulo		
I. Aspectos procesales de la inmunidad	11-57	241
A. Momento en que se examina la inmunidad	11-13	241
B. Invocación de la inmunidad	14-31	242
C. Renuncia a la inmunidad	32-55	248
D. ¿Puede el Estado del funcionario invocar la inmunidad después de renunciar a ella?	56-57	255
II. Inmunidad del funcionario y responsabilidad del Estado del funcionario	58-60	255
III. Resumen	61	257

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, n.os 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., n.º 17513, pág. 642.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención sobre Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 231.
Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972)	Ibíd., vol. 1495, n.º 25699, pág. 181.
Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1975* (n.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.

	Fuente
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 de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	A/RES/59/38.

Obras citadas en el presente informe

Akande, Dapo y Sangeeta Shah

«Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts», *The European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4 (2010), págs. 815 a 852.

Bradley, Curtis A. y Jack L. Goldsmith

«Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation», Harvard Public Law School, *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, documento n.º 10-05, 13 Green Bag 2D9, tercer trimestre de 2009, págs. 9 a 23.

Brownlie, Ian

Principles of Public International Law, 6.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.

Buzzini, Gionata Piero

«Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti* v. *France* Case», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), págs. 455 a 483.

Cryer, Robert y otros

An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Dominicé, Christian

«Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat», RGDIP, t. CIII (1999), págs. 297 a 308.

Gattini, Andrea

«The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the I.C.J.: Is the Time Ripe for a Change of the Law?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n.º 1, marzo de 2011, págs. 173 a 200.

Haas, Megan

«Fujimori Extraditable!: Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations», *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 39 (2007-2008), págs. 373 a 407.

Instituto de Derecho Internacional

«Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», *Annuaire*, vol. 69, sesión de Vancouver (2001), París, Pedone, 2001.

«Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international. Travaux préparatoires», *Annuaire*, vol. 73, t. I y II, sesión de Nápoles (2009), París, Pedone, 2009.

«Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agentes en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, vol. 73, t. I y II, sesión de Nápoles (2009), París, Pedone, 2009.

Keith, K.J.

«The International Court of Justice and Criminal Justice», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 59 (octubre de 2010), págs. 895 a 910.

Koivu, Virpi

«Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), págs. 305 a 330.

Nollkaemper, André

«Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (julio de 2003), págs. 615 a 640.

O'Keefe, Roger

«The European Convention on State Immunity and International Crimes», en Alan Dashwood y Angela Ward (eds.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 2, Oxford y Portland, Hart, 1999-2000, págs. 507 a 520.

Seyersted, Finn

«Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), págs. 31 a 82.

Shatalova, S. V.

«Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa *Samantar c. Yusuf* e inmunidades de los funcionarios extranjeros», *Russian journal of international law*, n.º 1 (81) (2011), págs. 111 a 130. [En ruso.]

Shaw, Malcolm N.

International Law, 6.ª ed., Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2008.

Stephens, Beth

«The Modern Common Law of Foreign Official Immunity», *Fordham Law Review*, vol. 79 (2011), págs. 2669 a 2719.

Tomonori, Mizushima

«The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2000-2001), págs. 261 a 287.

Tunks, Michael A.

«Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity», *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), págs. 651 a 682.

Van Alebeek, Rosanne

The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Van der Wilt, Harmen

«The Issue of Functional Immunity of Former Heads of State», en William J. M. van Genugten y otros (eds.), *Criminal Jurisdiction 100 Years After the Hague Peace Conference*, Actas de la octava Conferencia Conjunta de La Haya, 28-30 de junio de 2007, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2009, págs. 100 a 104.

Verhoeven, Joe (ed.)

Droit international des immunités: contestation ou consolidation?, Bruselas, Larcier, 2004.

Watts, Arthur

«The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994–III, t. 247, Dordrecht, Martinus Nijhoff, págs. 9 a 130.

Yang, Xiaodong

«*Jus Cogens* and State Immunity», *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), págs. 131 a 179.

Introducción

1. En su 59.º período de sesiones (2007), la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» y nombró un Relator Especial para el tema[1]. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un estudio básico de antecedentes sobre el tema[2].

2. En el 60.º período de sesiones (2008), la Comisión examinó el informe preliminar sobre el tema[3]. La Comisión también tuvo ante sí el memorando de la Secretaría sobre este tema[4]. Debido a que no se presentó el siguiente informe, la Comisión no pudo examinar el tema en su 61.º período de sesiones (2009).

3. El segundo informe[5] del Relator Especial fue presentado a la Secretaría cuando ya se estaba celebrando el 62.º período de sesiones de la Comisión (2010), razón por la cual la Comisión no pudo examinarlo[6].

4. En el informe preliminar se hacía una exposición sucinta de la historia del examen de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado realizado por la Comisión y por el Instituto de Derecho Internacional y se definían las diversas cuestiones propuestas para su consideración por la Comisión durante la etapa preliminar del trabajo sobre el tema, entre otras, las fuentes de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; el contenido de los conceptos de «inmunidad» y «jurisdicción», «jurisdicción penal» e «inmunidad de jurisdicción penal» y la relación entre la inmunidad y la jurisdicción; los tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado (inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*); los fundamentos de la inmunidad de los funcionarios del Estado y de la relación entre la inmunidad de los funcionarios y la inmunidad de los miembros de misiones especiales[7].

5. Además, en el informe preliminar se enumeraban cuestiones que, a juicio del Relator Especial, era necesario examinar para determinar el alcance del tema. Entre esas cuestiones figuraban, en particular, si todos los funcionarios del Estado o solo algunos de ellos (por ejemplo, solo los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores) deben estar incluidos en los futuros proyectos de directrices o de artículos que podría elaborar la Comisión en el futuro como resultado del examen del tema; la definición del concepto de «funcionario del Estado»; la cuestión del reconocimiento en el contexto de este tema; y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de los funcionarios del Estado[8].

6. Además, entre las cuestiones que, a juicio del Relator Especial, era necesario examinar para determinar el alcance del tema, figuraban el alcance de la inmunidad de que gozarían los funcionarios y exfuncionarios que quedasen incluidos en el ámbito de los proyectos de directrices o de artículos que se elaborasen en el futuro; la denegación de la inmunidad (y, posiblemente, otros aspectos de procedimiento relativos a la inmunidad)[9].

7. En los párrafos 102 y 130 del informe preliminar figuran las conclusiones a las que llegó el Relator Especial como resultado de su análisis[10].

---

[1] En su 2940.ª sesión, el 20 de julio de 2007 (*Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58.º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257).

[2] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 99, párr. 386.

[3] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

[4] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte) (adición), documento A/CN.4/596.

[5] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.

[6] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 343.

[7] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), págs. 172 y ss., párrs. 27 a 101.

[8] Ibíd., págs. 199 y 200, párrs. 125 a 129.

[9] Ibíd., pág. 167, párr. 4.

[10] Ibíd., págs 192 y 130, respectivamente:

«102. A modo de resumen de los capítulos I a III del presente informe preliminar cabe formular las siguientes observaciones:

a) La fuente principal de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario;

b) La jurisdicción y la inmunidad son fenómenos interrelacionados pero diferentes. En el marco del presente tema es necesario ceñirse al examen de la inmunidad y no examinar a fondo la cuestión de la jurisdicción como tal;

c) La jurisdicción penal del Estado, tanto como todos los demás aspectos de su jurisdicción, se ejerce mediante la jurisdicción legislativa, ejecutiva y judicial (lo mismo en el plano legislativo que ejecutivo, si por este último se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la judicial);

d) Aunque la jurisdicción penal ejecutiva (o ejecutiva y penal) posee rasgos comunes con la jurisdicción civil, se diferencia de ésta, entre otras cosas, por el hecho de que muchos procedimientos penales alcanzan la fase judicial del proceso jurídico. Por consiguiente, ya en la fase de instrucción reviste una gran importancia la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado;

e) La inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado abarca tanto la norma del derecho internacional como la relación jurídica que le es inherente, en virtud de las cuales, al derecho del beneficiario a que sobre él no se ejerza la jurisdicción extranjera se contrapone la obligación del Estado extranjero de no ejercer su jurisdicción respecto del beneficiario;

f) La inmunidad de jurisdicción penal es solamente una inmunidad de jurisdicción ejecutiva y judicial (o exclusivamente ejecutiva, si por esta última se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la penal). Por tanto, es una inmunidad respecto del procesamiento penal o de actuaciones penales, pero no del derecho sustantivo del Estado extranjero;

g) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es de carácter procesal y no sustantivo. Constituye un impedimento a la aplicación de la responsabilidad penal, aunque en principio no la excluye;

h) La actuación de un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales es atribuible al Estado. Por tanto, el funcionario goza de inmunidad de jurisdicción penal del Estado extranjero *ratione materiae*. No obstante, ello no excluye al mismo tiempo la atribución de dichos actos a la persona responsable de su comisión;

i) Detrás de la inmunidad del funcionario, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, y de sus beneficiarios, se encuentra, en última instancia el Estado, único titular del derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario;

j) La inmunidad de jurisdicción extranjera del funcionario posee varios fundamentos complementarios e interrelacionados: funcional y representativo; principios del derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos

(Continuación en la página siguiente.)

8. En el segundo informe se examinaron las siguientes cuestiones: el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en sentido general, incluida la cuestión de la inmunidad *ratione materiae*, de que gozan, por regla general, todos los funcionarios en activo y exfuncionarios del Estado[11] y la inmunidad *ratione personae*, de que gozan solo algunos funcionarios del más alto nivel[12]; de cuáles acciones del Estado que ejerce la jurisdicción penal protege la inmunidad[13]; el alcance territorial de la inmunidad del funcionario[14]; y si existen excepciones a la norma de inmunidad, en particular cuando el funcionario comete delitos de suma gravedad tipificados en el derecho internacional[15].

9. En el párrafo 94 del segundo informe[16] figuran las conclusiones generales a las que llegó el Relator Especial como resultado de su análisis.

(Continuación de la nota 10.)

internos; necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y por la independencia de los Estados en la realización de sus actividades.»

«130. Al resumir el contenido del presente capítulo, se pueden plantear, en particular, las siguientes consideraciones:

a) El presente tema solo abarca la inmunidad de los funcionarios de un Estado respecto de la jurisdicción nacional (no internacional) penal (no civil ni administrativa) de otro Estado (y no del Estado a cuyo servicio trabaja el funcionario).

b) Se propone que el presente tema abarque a todos los funcionarios del Estado.

c) Se puede tratar de definir el concepto de «funcionario del Estado» a los efectos del presente tema o de determinar el grupo de personas abarcadas por este concepto a los efectos del presente tema.

d) Entre las personalidades de rango elevado que gozan de inmunidad personal en virtud de su cargo figuran, en primer lugar, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores.

e) Se puede tratar de definir el grupo de personalidades de rango elevado que, además de la tríada antes mencionada, gozan de inmunidad *ratione personae*. Se podrá distinguir a estas personas entre todas las personalidades de rango elevado si se logra definir el criterio o los criterios para determinar la condición especial de esta categoría de funcionarios.

f) Existen dudas respecto de la conveniencia de seguir examinando la cuestión del reconocimiento y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de las personalidades de rango elevado en el marco del presente tema.»

[11] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 21 a 34.

[12] Ibíd., párrs. 35 a 37.

[13] Ibíd., párrs. 38 a 51.

[14] Ibíd., párrs. 52 a 53.

[15] Ibíd., párrs. 54 a 93.

[16] Ibíd.

«94. A manera de resumen del contenido del presente informe, cabe formular, en particular, las siguientes consideraciones:

a) En general, la inmunidad de los funcionarios de Estado, y la inmunidad del propio Estado, respecto de la jurisdicción penal extranjera es una norma de carácter general, mientras que la ausencia de inmunidad en cualquier caso particular constituye una excepción a esa norma;

b) Los funcionarios de Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción penal extranjera, es decir, de inmunidad en relación con los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales, por cuanto esos actos son actos del Estado al que esos funcionarios sirven;

c) No existen razones objetivas para establecer una distinción entre la atribución del comportamiento a los efectos de la responsabilidad, por un lado, y a los efectos de la inmunidad, por el otro. Difícilmente existan razones para afirmar que un acto, a los efectos de la responsabilidad del Estado, se atribuye a ese Estado y se considera como un acto del Estado, al tiempo que a los efectos de la inmunidad respecto de la jurisdicción, ese mismo acto deja de atribuirse al Estado y se considera solamente un acto del funcionario. La cuestión relativa a la definición del carácter del comportamiento de un funcionario —oficial o personal— y, consecuentemente, a la atribución de ese comportamiento al Estado, deberá, por lógica, examinarse primero que la cuestión de la inmunidad del funcionario respecto de ese comportamiento;

d) La atribución de carácter oficial al comportamiento de un funcionario no depende de los motivos de esa persona o del contenido de su comportamiento. Lo que importa es el hecho de que el funcionario actúa en esa capacidad. Es necesario diferenciar entre el concepto de «acto de un funcionario en cuanto tal», es decir, de «acto oficial», y el concepto de «acto comprendido en sus funciones oficiales». El primero es un concepto más amplio y abarca el segundo;

e) No son iguales el alcance de la inmunidad del Estado y el alcance de la inmunidad de sus funcionarios, a pesar de que en esencia se trata de una misma inmunidad. Un funcionario que realice un acto comercial disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera si ese acto se atribuye al Estado;

f) La inmunidad *ratione materiae* es extensiva a los actos *ultra vires* de los funcionarios, así como a sus actos ilícitos;

g) La inmunidad *ratione materiae* no es extensiva a los actos realizados por un funcionario antes de asumir su cargo; un ex funcionario disfruta de inmunidad *ratione materiae* respecto de actos realizados por ese funcionario durante el tiempo en que ejerció las funciones oficiales de su cargo;

h) En la inmunidad *ratione materiae* difícilmente puede influir el carácter de la estancia de un funcionario o ex funcionario en un país extranjero, inclusive en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción. Evidentemente, independientemente de que se encuentre en el extranjero en visita oficial o a título personal, dicho funcionario disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de los actos realizados en ejercicio de su cargo;

i) La inmunidad *ratione personae*, de la que goza una categoría reducida de altos funcionarios del Estado, es extensiva a los actos ilícitos realizados por un funcionario tanto en el desempeño de sus funciones oficiales como a título personal, incluidos los actos realizados antes de asumir su cargo. Esto se conoce como inmunidad absoluta;

j) La inmunidad personal que está ligada al ejercicio de determinados altos cargos es de carácter temporal y deja de existir cuando la persona cesa en su cargo. La inmunidad *ratione personae* no es afectada ni por el hecho de que los actos respecto de los cuales se ejerza jurisdicción hayan sido realizados al margen de las funciones oficiales del funcionario, ni por la índole de su estancia en un país extranjero, incluido el territorio del Estado que ejerce jurisdicción;

k) El alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios en ejercicio varía dependiendo de la categoría del cargo que desempeñen. Todo funcionario en ejercicio goza de inmunidad respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. Solamente algunos altos funcionarios en ejercicio disfrutan de inmunidad también respecto de actos realizados a título personal. El alcance de la inmunidad de los ex funcionarios es el mismo, independientemente de la categoría del cargo que hayan ocupado: todo ex funcionario disfruta de inmunidad respecto de actos realizados a título oficial durante su permanencia en el cargo;

l) A un funcionario extranjero contra quien se hayan presentado cargos (como presunto autor de un delito, o persona sospechosa, entre otros), no se le pueden aplicar medidas de procedimiento penal de carácter restrictivo que interfieran con el desempeño de sus funciones al imponerle una obligación jurídica, cuando esa persona disfruta de inmunidad *ratione personae* o inmunidad *ratione materiae*, siempre que las medidas del caso estén relacionadas con un delito cometido por el funcionario en el ejercicio de sus funciones oficiales. Tales medidas no se pueden aplicar en relación con ningún funcionario extranjero que intervenga en las actuaciones penales en calidad de testigo, si esa persona disfruta de inmunidad *ratione personae* o inmunidad *ratione materiae*, si la causa en cuestión entraña la comparecencia de esa persona para prestar testimonio respecto de actos realizados por ella misma, o respecto de actos de los que el funcionario en cuestión tomó conocimiento como resultado del cumplimiento de sus funciones oficiales;

m) La inmunidad existe tanto mientras el funcionario permanezca en el extranjero, como mientras el funcionario permanezca en el territorio del Estado a cuyo servicio se encuentra o se encontraba. Las medidas de procedimiento penal que impongan una obligación

10. En los informes preliminar y segundo se examinaron aspectos sustantivos o de fondo de la inmunidad

de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En este tercer informe se analizan los aspectos de procedimiento del tema. Además, como se ha demostrado en el análisis del tema hay otra cuestión que merece considerarse, a saber, la relación entre la tesis planteada por el Estado sobre la inmunidad de su funcionario y la responsabilidad de ese Estado por el acto ilícito cometido por ese funcionario, que da lugar al planteamiento de la cuestión de la inmunidad. En el presente informe se analiza también esta cuestión.

a un funcionario extranjero violan la inmunidad de ese funcionario, independientemente de que esa persona se encuentre en el extranjero o en el territorio de su propio Estado. La obligación de adoptar tales medidas contra un funcionario extranjero se contraviene desde el momento en que se adopta una medida, y no solo cuando el funcionario contra el cual se haya adoptado esa medida se encuentre en el extranjero;

n) Los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado no son suficientemente convincentes;

o) Resulta difícil hablar de las excepciones a la inmunidad como de una norma establecida en el derecho internacional consuetudinario, del mismo modo que no se puede afirmar de manera definitiva que exista una tendencia al establecimiento de esa norma;

p) Constituye un caso aparte la situación en que la jurisdicción penal la ejerce un Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito y ese Estado no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito, o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad.»

Capítulo I

Aspectos procesales de la inmunidad

A. Momento en que se examina la inmunidad[17]

11. En la práctica, las autoridades competentes del Estado suelen abordar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado tan pronto se disponen a iniciar las actuaciones correspondientes. En ese momento, el Estado para el que presta (o prestaba) servicios el funcionario, con frecuencia todavía no tiene conocimiento de lo ocurrido. En muchos casos, las primeras actuaciones en el marco de un procedimiento judicial no tienen que ver con las medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad[18]. En tales circunstancias, no es necesario que el Estado que ejerce la jurisdicción penal examine la cuestión de la inmunidad y tampoco puede considerarse que esté obligado a hacerlo. Por otra parte, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado debería examinarse en principio en la fase inicial del procedimiento judicial o incluso antes, en la fase de instrucción, cuando el Estado que ejerce la jurisdicción aborda la cuestión de si ha de iniciar contra el funcionario actuaciones penales cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad. Como señaló la CIJ en su opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*: «las cuestiones de inmunidad son cuestiones previas que deben resolverse cuanto antes *in limine litis*. Es este un principio de derecho procesal comúnmente reconocido»[19]. Un tribunal de distrito del Reino Unido, durante el examen de la solicitud de entrega de la orden de detención librada contra el general S. Mofaz, Ministro de Defensa de Israel, señaló que «[e]l solicitante ha alegado que si el general goza de alguna clase de inmunidad […] el momento adecuado para esgrimirla hubiera sido en la primera audiencia con posterioridad a la emisión de la orden. Me temo que no estoy de acuerdo con esa afirmación; la inmunidad estatal es uno de los temas que debo considerar»[20]. En principio es necesario abordar en la fase inicial la cuestión de la inmunidad para que se cumpla el objetivo fundamental de la inmunidad, que es garantizar que se mantengan relaciones normales entre los Estados, así como su soberanía[21]. La necesidad de abordar la cuestión de la inmunidad tan pronto se inicia el proceso judicial, *in limine litis*, también se debe a que de su solución depende que el Estado del foro pueda seguir ejerciendo su jurisdicción penal respecto de dicho funcionario[22]. Cuando el tribunal no aborda en la fase inicial del proceso la cuestión de la inmunidad, se puede producir una violación de las obligaciones del

[17] Véase el memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 220 a 225.

[18] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 38 a 51, donde se explican las medidas en el ejercicio de la jurisdicción, cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad.

[19] *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 88, párr. 63; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 66. En *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), pág. 182, párrs. 67 y 68 se hace referencia a la necesidad de plantear la cuestión de la inmunidad en la fase inicial del proceso.

[20] Tribunal de distrito, Bow Street, solicitud de orden de detención contra el general Shaul Mofaz, 12 de febrero de 2004, párr. 5, reproducido en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n.º 3, julio de 2004, pág. 771. Véase también Buzzini, «Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France* Case», pág. 473. En lo esencial, la necesidad de plantear la cuestión de la inmunidad en la fase inicial del proceso penal se aborda también en *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Decisión sobre inmunidad de jurisdicción, causa n.º SCSL-2003-01-1, 31 de mayo de 2004, párr. 30. Véase también la resolución del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, en el caso *Belhas et Others v. Moshe Ya'alon* («[c]orresponde al Tribunal "llevar a cabo las determinaciones factuales y jurídicas previas al juicio para verificar su autoridad para instruir en el caso" cuando una parte alega gozar de inmunidad de soberanía extranjera»), 14 de diciembre de 2006, 466 F. Supl. 2.º 127.

[21] Véase la observación de Gattini relativa a que la inmunidad del Estado como medio necesario «para mantener un orden mínimo de procedimiento en nombre de las relaciones pacíficas entre Estados soberanos así como para evitar posibles soluciones inequitativas y/o discriminatorias»; «para que sea efectiva, solo puede ser *in limine litis*» («The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the I.C.J.: Is the Time Ripe for a Change of the Law?», pág. 192).

[22] Véanse las observaciones al respecto de Verhoeven, que figuran en el párrafo 220 del memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*). De hecho, la inmunidad, que es una de las decisiones fundamentales relativas a la posibilidad o no de ejercer la jurisdicción extranjera, carece de sentido como fenómeno jurídico, si no se le presta la atención necesaria en la fase inicial del proceso judicial. Por otra parte, el reconocimiento de la inmunidad del funcionario, tanto funcional como personal, no impide, como se señaló en el segundo informe, que se apliquen al funcionario todas las medidas que pueden aplicarse en el ejercicio de la jurisdicción penal, sino solo las que guardan relación con las obligaciones (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 38 a 51 y 94, apdo. *1*).

Estado del foro dimanantes de las normas de la inmunidad. Además, el hecho mismo de no analizar la inmunidad *in limine litis* puede considerarse de por sí una violación. En la opinión consultiva mencionada, la CIJ señaló que los tribunales de Malasia tenían la obligación de abordar la cuestión de la inmunidad del Relator Especial como cuestión previa[23].

12. Esto último también guarda relación con el examen de la cuestión de la inmunidad en la etapa previa al ejercicio de la jurisdicción penal en el momento en que se decide sobre la adopción de medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad (por ejemplo, la detención por sospecha de haber cometido delito). En este caso, si las autoridades correspondientes no abordan la cuestión de la inmunidad del funcionario también pueden estar incumpliendo las obligaciones del Estado que ejerce la jurisdicción respecto de la inmunidad, lo que de por sí puede equivaler a una violación.

13. Sin embargo, lo que antecede debe analizarse teniendo en cuenta la cuestión de la invocación de la inmunidad y a quién corresponde invocarla, que se examinará más adelante. Concretamente, si el Estado del funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* no invoca la inmunidad en la fase inicial del proceso, este podrá seguir su curso y no se planteará la cuestión del incumplimiento de las obligaciones dimanantes de la inmunidad.

B. Invocación de la inmunidad[24]

14. Para que un tribunal o cualquier otra autoridad competente de un Estado que ejerce la jurisdicción aborde la cuestión de la inmunidad de un funcionario extranjero, alguien tiene que plantearla. Se trata de a quién le corresponde hacerlo: ¿Al funcionario o el Estado al que presta (prestaba) sus servicios? ¿Al propio Estado que ejerce la jurisdicción?[25]

15. En el informe preliminar se dice que, la inmunidad pertenece al propio Estado, no al funcionario que le presta (o prestaba) sus servicios, es decir al Estado del funcionario[26]. En sentido estricto, el funcionario solo «goza» de la inmunidad que jurídicamente le corresponde al Estado. En consecuencia, los derechos dimanantes de esa inmunidad son derechos del Estado. Al defender los derechos dimanantes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario, el Estado defiende sus derechos y no los derechos de su funcionario[27]. A este respecto cabe señalar lo que es jurídicamente importante, es decir lo que tiene efectos jurídicos, la invocación de la inmunidad o la declaración de la inmunidad es solo la invocación o declaración que hace el Estado al que presta servicios el funcionario. Todo parece indicar que la declaración del propio funcionario de que goza de inmunidad no tiene la misma importancia jurídica, porque él es solo el beneficiario de esa inmunidad. Esto no significa que tal declaración del funcionario no tenga ninguna validez en el contexto del procedimiento jurídico que le atañe. Esa declaración difícilmente podrá ser pasada por alto por el Estado que está instruyendo el procedimiento penal contra el funcionario. Ese Estado podrá abordar la cuestión de la inmunidad basándose en la declaración. Pero esa declaración, de no estar respaldada por la correspondiente opinión del Estado del funcionario, no tendrá al parecer valor e importancia jurídica suficientes[28].

16. Para que el Estado del funcionario pueda hacer una declaración sobre su inmunidad, deberá tener conocimiento del hecho respecto del cual se han adoptado o se prevé adoptar las correspondientes medidas de procedimiento penal. En consecuencia, el Estado que aplica o prevé aplicar esas medidas deberá informar al respecto al Estado del funcionario. Claro está que esto solo se puede hacer cuando haya quedado establecido o existan razones para suponer que se trata precisamente de un funcionario extranjero. Así pues, la declaración de la persona sobre la cual se va a ejercer la jurisdicción, de que es (o era) funcionario de otro Estado, es motivo para que el Estado que ejerce la jurisdicción informe como procede al Estado del funcionario. En su fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia), la CIJ señaló, entre otras cosas, que

---

[23] *C.I.J. Recueil 1999*, párr. 67, 2, *b*.

[24] Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra)*, párrs. 215 a 229.

[25] Preguntándose lo mismo, Buzzini señaló que «[p]uede que no haya una respuesta clara a esta cuestión» (*loc. cit.*, pág. 473).

[26] «El Estado es la garantía de la inmunidad de jurisdicción extranjera *ratione personae* y *ratione materiae* de los funcionarios. Precisamente corresponde al Estado el derecho de rechazar la inmunidad del funcionario, ya sea *ratione personae* o *ratione materiae* (si se trata de un alto funcionario en ejercicio) o solamente *ratione materiae* (si se trata de cualquier funcionario que cesa en sus funciones al servicio del Estado). En última instancia, la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado pertenece al propio Estado, razón por la cual es el único que tiene derecho a renunciar a ella» (*Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), pág. 189, párr. 94).

[27] Esto guarda relación con la inmunidad de los exfuncionarios. En el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), Bélgica afirmó, en particular, que después de que Abdulaye Yerodia Ndombasi dejó de ser Ministro de Relaciones Exteriores, la República del Congo defendió no ya sus derechos, sino los derechos de esa persona, es decir ejerció la protección diplomática y, por consiguiente, debieron haber sido agotados previamente los recursos internos (fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 17 y 18, párrs. 37 y 38; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 162). La propia República del Congo se basó en que no actuaba en el marco de la protección diplomática, sino que defendía los derechos del Estado congoleño en lo que se refería a la violación de la inmunidad de su ministro de relaciones exteriores (véase ibíd., pág. 17, párr. 39). La Corte estuvo de acuerdo, en lo esencial, con la posición del Congo (ibíd., párr. 40). Como señaló el Gobierno de los Estados Unidos en el caso *Samantar*, «la inmunidad residual de un exfuncionario no es un derecho personal. Es en beneficio del Estado del funcionario», Tribunal de Distrito del Distrito Este de Virginia, División de Alexandria, *Bashe Abdi Yousuf et al. v. Mohamed Ali Samantar*, declaración de interés de los Estados Unidos, 14 de febrero de 2011, párr. 13. En relación con este caso, en los tribunales de los Estados Unidos, se está examinando desde 2004 la cuestión de la admisión a trámite de la causa civil interpuesta por ciudadanos de Somalia contra M. Samatar, ex Ministro de Defensa y Vicepresidente de Somalia en relación con la aplicación de torturas, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones de los derechos humanos. Para observaciones sobre este caso, véase por ejemplo, Shatalova, «Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa *Samantar c. Yusuf* e inmunidades de los funcionarios extranjeros», y Stephens, «The Modern Common Law of Foreign Official Immunity».

[28] Esta misma lógica se aplica también en la denegación de la inmunidad. Véase el párrafo 33 *infra*. Véase también *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), pág. 185, párr. 94. En relación con el examen por un tribunal de los Estados Unidos del incumplimiento de algunas órdenes judiciales por parte de F. Marcos (ex-Presidente de Filipinas), este declaró que gozaba de inmunidad respecto de la jurisdicción debido a su condición de jefe de Estado. Basándose en esa declaración, el Departamento de Estado de los Estados Unidos envió una nota a la Embajada de Filipinas en la que informaba de las medidas que podían adoptarse contra F. Marcos por decisión del tribunal. En su respuesta, la Embajada envió una nota sobre la denegación del Gobierno de Filipinas de todo tipo de inmunidad al ex-Presidente (*In re Grand Jury Proceedings, John Doe N.º 700*, 5 de mayo de 1987, 817 F.2d 1108).

[e]n ningún momento los tribunales franceses (ante quienes se habría podido esperar que se planteara la inmunidad de jurisdicción), ni por otra parte, la Corte, fueron informados por el Gobierno de Djibouti de que los actos denunciados por Francia eran actos del Estado de Djibouti y que el Procurador de la República y el Jefe de la Seguridad Nacional eran órganos, establecimientos u organismos del mismo encargados de asegurar su ejecución[29].

17. De esta manera, la CIJ señaló que competía invocar la inmunidad al Estado que quería proteger de la jurisdicción penal extranjera a su funcionario. Si no lo hace, el Estado que ejerce la jurisdicción no está en la obligación de considerar de oficio la cuestión de la inmunidad y, en consecuencia, puede dar curso al procedimiento penal[30]. Por otra parte, al parecer, el Estado del funcionario puede formular la declaración de inmunidad de este en una etapa más avanzada del proceso penal. Pero en ese caso, difícilmente se podría considerar que las medidas adoptadas contra el funcionario por el Estado que ejerce la jurisdicción antes de la invocación de la inmunidad violan esa inmunidad (entendiéndose, claro está, que el Estado del funcionario tenía conocimiento de que se estaba ejerciendo la jurisdicción penal extranjera sobre él, pero no invocó la inmunidad).

18. El Relator Especial observa que el fragmento del fallo de la CIJ citado en el párrafo 16 *supra*, a juzgar por su contexto, se refiere a la situación de funcionarios que no gozan de inmunidad personal, sino funcional. Dicho enfoque de la situación de las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae* parece lógico[31]. De esta inmunidad gozan los funcionarios y exfuncionarios de nivel inferior y solo en relación con actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. No se trata de jefes de Estado o de gobierno ni de ministros de relaciones exteriores en funciones. A diferencia de la situación de la troika, que se examina más adelante, el Estado que ejerce la jurisdicción respecto de esas personas no está obligado desde el inicio a saber o suponer que se trata de funcionarios o exfuncionarios extranjeros ni que estos, al violar la ley, han actuado a título oficial[32]. Por consiguiente, el Estado para el que presta servicios el funcionario, si quiere protegerlo de un procesamiento penal en el exterior invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerce la jurisdicción de que se trata de un funcionario suyo, que goza de inmunidad, debido a que ha cometido los hechos que se le imputan a título oficial[33].

19. Si se aplica esta misma lógica a la situación relativa al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera contra la troika de altos funcionarios en activo, a saber el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, que gozan de inmunidad personal, la respuesta a la pregunta planteada anteriormente al parecer sería otra. En primer lugar, al menos, en la mayoría absoluta de casos, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores son ampliamente conocidos. Por consiguiente, el Estado que ejerce la jurisdicción penal en relación con esa persona, por lo general, sabe que se trata de un alto funcionario extranjero[34]. En segundo lugar, también se reconoce ampliamente que estos altos funcionarios en el ejercicio de su cargo gozan de inmunidad personal respecto de la jurisdicción penal extranjera, es decir de inmunidad

[29] Fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 244, párr. 196.

[30] Las consecuencias de no invocar la inmunidad se analizan más adelante en el presente informe; véanse los párrafos 53 a 55 *infra*.

[31] Sin embargo, Buzzini, cuestiona esta posición de la CIJ (*loc. cit.*, págs. 472 y 473).

[32] Pese a que, en la mayoría de los casos probablemente haya pruebas materiales de esto.

[33] Así fue como, por ejemplo, invocó Israel la inmunidad de A. Dichter, ex Jefe del Servicio de Seguridad del país, en la causa *Matar and others v. Dichter* («En febrero de 2006, Dichter solicitó su sobreseimiento invocando: 1) que gozaba de inmunidad bajo la FSIA [Ley de inmunidades soberanas extranjeras]; 2) que la demanda presentaba una cuestión política no justiciable, y 3) que la demanda implicaba la doctrina de los actos del Estado. Casi al mismo tiempo, el Embajador de Israel en los Estados Unidos, Daniel Ayalon, escribió al Departamento de Estado de los Estados Unidos y declaró que "lo que haya hecho el Sr. Dichter [...] relacionado con los eventos en cuestión […] fue en el ejercicio de [sus] tareas oficiales, y en cumplimiento de las políticas oficiales del Estado de Israel". El tribunal de distrito invitó al Departamento de Estado a declarar su punto de vista, si existiera, sobre las cuestiones planteadas en la solicitud de sobreseimiento, u otras cuestiones que considerara pertinentes para el caso. La declaración de interés del Departamento de Estado, de noviembre de 2006, opinaba que la FSIA otorgaba inmunidad a países, no a individuos, pero que no obstante instaba al tribunal a sobreseer la demanda con el fundamento de que Dichter gozaba de inmunidad bajo el derecho de gentes en tanto funcionario de un Estado extranjero» (Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, fallo de apelación 563 F3d 9 (2d Cir 2009); ILDC 1392 (US 2009) 16 de abril de 2009, párr. 6). Eso mismo declaró el Embajador de Israel ante los Estados Unidos en relación con M. Ya'alon, ex General de las Fuerzas de Defensa de Israel (ex Jefe de la Inteligencia Militar) en la causa *Belhas v. Ya'alon* (nota 20 *supra*). En la declaración del Departamento de Estado de los Estados Unidos antes citada en la causa *Samantar* sobre la invocación de la inmunidad se estipula lo siguiente (párr. 9): «el Departamento de Estado ha determinado que el demandado no goza de inmunidad oficial por las demandas civiles. [...] Son particularmente significativas entre las circunstancias de este caso y críticas de la declaración de interés: 1) que Samantar es un exfuncionario de un Estado que actualmente no tiene un gobierno reconocido que solicita inmunidad en su nombre, incluso expresando una posición sobre si los actos en cuestión se realizaron en una capacidad oficial, y 2) la evaluación del Ejecutivo de que es apropiado en las presentes circunstancias dar efecto a la propuesta de que los residentes en los Estados Unidos, como Samantar, que goza de la protección de las leyes de los Estados Unidos de ordinario sea sujeto de la jurisdicción de nuestros tribunales, particularmente cuando es demandado por residentes en los Estados Unidos» (nota 27 *supra*).

[34] En la práctica, el hecho mismo de que las biografías de los miembros de la troika de los Estados del mundo, práctica que ha estado vigente en las relaciones internacionales, sean conocidas por las autoridades de todos (o casi todos) los demás Estados, hace totalmente improcedente el requisito de informar al Estado que ejerce la jurisdicción sobre la situación jurídica y las inmunidades inherentes al cargo del funcionario de que se trate. El Estado que exija esto como condición para reconocer la inmunidad y para el cual sea objetivamente conocida la condición de jefe de Estado (jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores) de otro país, apenas podrá considerarse que esté cumpliendo de buena fe sus obligaciones internacionales.

Ahora bien, esta cuestión podría enfocarse de otra manera. En la preparación de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del jefe de Estado y de gobierno en el derecho internacional, de 2001, se examinó la cuestión de si procedía incluir en la resolución disposiciones sobre la presentación al tribunal extranjero de pruebas sobre el estatuto de un jefe de Estado o de gobierno. Los miembros del Instituto consideraron que esto no era necesario. El principal argumento consistía en que esta cuestión se resolvía de modo diverso en diferentes sistemas jurídicos nacionales (véase Instituto de Derecho Internacional, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», págs. 452 a 485). En consecuencia, en el artículo 6 de la resolución se señala lo siguiente: «Las autoridades del Estado deben acordar al jefe de Estado extranjero, desde el momento en que se conozca su calidad, la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución a que tenga derecho». En otras palabras, el hecho de que las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción tengan conocimiento de la posición oficial de un jefe de Estado es suficiente para que dichas autoridades se consideren vinculadas por las obligaciones derivadas de la inmunidad de un jefe de Estado extranjero. No obstante, el Relator Especial observa que al formular observaciones sobre uno de los proyectos de resolución, el miembro del Instituto, Jacques-Yves Morin señaló que le parecía «que la práctica demuestra que la inmunidad debe ser alegada en juicio» (ibíd., pág. 584).

en relación con las acciones realizadas tanto a título oficial como personal. De ahí que el Estado que ejerce la jurisdicción penal no tenga que saber ni precisar en qué condición ha estado actuando el funcionario extranjero para hacerse un juicio sobre el tipo de inmunidad de que goza. Por eso, cuando se trata del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores de otro país, el Estado que ejerce la jurisdicción penal debe precisar qué tipo de inmunidad ampara a esa persona y determinar cómo va a proceder en adelante con arreglo al derecho internacional. En este caso quizá solo será procedente preguntar al Estado del funcionario si deniega la inmunidad. Por consiguiente, no corresponde a este último Estado plantear la cuestión de la inmunidad ante las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción penal[35].

20. Durante las audiencias en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia)[36], A. Pellet, asesor jurídico de Francia, se refirió a la presunción de inmunidad «absoluta y posiblemente irrefutable» de la jurisdicción penal extranjera de un jefe de Estado en funciones o de un ministro de relaciones exteriores; sin embargo, en el caso de los demás funcionarios, dicha presunción no se aplica y la cuestión de su inmunidad deberá determinarse en cada caso concreto[37]. L. Condorelli, asesor jurídico de Djibouti, no estuvo de acuerdo con la tesis de la presunción en lo que se refería a la inmunidad personal y señaló, entre otras cosas que «[s]e debía subrayar, para comenzar, que ninguna "presunción" en sentido lato, no sería pertinente para los jefes de Estado extranjeros en ejercicio, por cuanto estos se encuentran simplemente protegidos por una inmunidad total por el conjunto de sus actos, incluidos los actos de carácter privado»[38].

21. Por lo visto, la CIJ también en su fallo sobre este caso, y al fallar en la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, consideró que simplemente no había presunción alguna de inmunidad personal del jefe de Estado (caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*) y de toda la troika (caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*) y que el Estado que ejercía la jurisdicción debía cumplir las obligaciones dimanantes de ello. A diferencia de la situación con los dos funcionarios de Djibouti, que no gozaban de inmunidad personal, en relación con los cuales la Corte señaló que Djibouti debió haber informado como correspondía a las autoridades francesas[39], en la parte del fallo que atañe al Presidente de la República de Djibouti no se hace referencia alguna a que el país debió de alguna manera plantear la cuestión de la inmunidad (aunque, tras recibir información sobre la solicitud que preparaban las autoridades francesas, Djibouti recordó a Francia que el jefe de Estado gozaba de inmunidad)[40]. La Corte simplemente se basó en este caso en que, como ya había señalado en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, «se encuentra claramente establecido en derecho internacional […] que ciertas personas que ocupan un rango elevado en el Estado, como el jefe de Estado […] gozan en los otros Estados de inmunidad de jurisdicción, tanto civil como penal» y que un jefe de Estado «goza en particular de inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales»[41]. Además, en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* tampoco se dice en ninguna parte que las autoridades del Congo debieron informar a las autoridades de Bélgica acerca de la inmunidad de su ministro de relaciones exteriores, de manera que se tuviese en cuenta la cuestión de la inmunidad[42].

22. En efecto, no está claro del todo por qué se debe considerar solamente la presunción de inmunidad y no la inmunidad simplemente. Pero, en cualquier caso, ya sea que se trate de la presunción «absoluta y posiblemente irrefutable» de la inmunidad personal de los miembros de la troika o simplemente de su inmunidad personal, cabe afirmar, por lo visto, que el Estado que ejerce la jurisdicción penal en relación con un jefe de Estado o de gobierno o un ministro de relaciones exteriores de otro Estado debe llegar él mismo a una conclusión sobre la inmunidad de que goza esa persona y sobre las medidas que podrá adoptar contra ella teniendo en cuenta las limitaciones que impone esa inmunidad[43]. Y para ello no es un requisito que el Estado del funcionario que goza de inmunidad personal informe al Estado que ejerce la jurisdicción acerca de esa inmunidad.

---

[35] A una conclusión análoga llega Buzzini, aunque utilizando otros argumentos, cuando escribe: «[c]on respecto a la inmunidad del Estado y a la inmunidad *ratione personae*, podrían identificarse varios elementos que parecerían apoyar el punto de vista de que, cuando se aplica, las autoridades del Estado del foro deben dar efecto a la inmunidad sin necesidad de ninguna invocación específica. [...] [E]n cuanto a las inmunidades personales de los agentes diplomáticos o miembros de misiones especiales, las convenciones pertinentes se refieren solo a la cuestión del levantamiento de esas inmunidades (que siempre debe ser expreso) y no a la cuestión de su invocación. La misma solución parece encontrarse implícita, con respecto a la inmunidad de los jefes de Estado y jefes de gobierno, en la redacción de la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Vancouver en 2001» (*loc. cit.*, págs. 470 y 471). No obstante, cabe señalar, que la resolución del Instituto a este respecto se puede interpretar también de otra manera (véase la nota precedente). Buzzini utiliza otro argumento en favor de su posición al alegar que la CIJ, al fallar en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), «determinó que Bélgica había violado la inmunidad del ministro de relaciones exteriores de la República Democrática del Congo sin abordar la cuestión de si esa inmunidad había sido invocada adecuadamente ante las autoridades belgas, por la República Democrática del Congo o por el propio ministro» (ibíd., pág. 471).

[36] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 177.

[37] «[E]n el caso de un jefe de Estado en ejercicio (o de un ministro de relaciones exteriores), la "presunción de inmunidad" es absoluta y, sin lugar a dudas, irrecusable. Se encuentra cubierto por las inmunidades, sin discusión; por el contrario, para los otros funcionarios del Estado, esta presunción no se aplica y el otorgamiento (o la denegación) de las inmunidades debe decidirse caso por caso, en función de todos los elementos del caso. Ello supone que son los jueces nacionales quienes deben apreciar si se está ante hechos consumados —o no— en el marco de las funciones oficiales» (CR 2008/5, audiencia pública del 25 de enero de 2008, párr. 77).

[38] CR 2008/6b, audiencia pública del 28 de enero de 2008, párr. 7.

[39] Véase el párrafo 16 *supra*.

[40] *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 194, párr. 32.

[41] Ibíd., págs. 236 y 237, párr. 170.

[42] Sobre este particular, véase la opinión de Buzzini, *loc. cit.*

[43] Precisamente esto es lo que ocurre en la práctica. Los tribunales examinan por su cuenta la cuestión de la inmunidad del jefe de Estado extranjero o remiten la cuestión a los órganos de poder ejecutivo de su país que puede llegar a una conclusión o recomendación en la que se describen las prerrogativas e inmunidades de ese funcionario (Francia, Corte de Casación, Sala en lo Criminal, *Qaddafi*, *Bulletin criminel 2001*, n.º 64, pág. 218 (véase también ILR, vol. 125)). Véase, por ejemplo, el fallo sobre la entrega de una orden de detención en los Países Bajos de S. Yudhoyono, Presidente de Indonesia (el tribunal determinó por su cuenta que el Presidente de Indonesia, en su condición de jefe de Estado, goza de inmunidad, y se negó a ratificar la orden de detención, *Rechtbank s'-Gravenhage*, 377038/KG ZA 10-1220, 6 de octubre de 2010). Véase también Bélgica, Corte de Casación, *H.S.A. et al. v. S.A. et al.* (procesamiento de Ariel Sharon y otros), fallo de 12 de febrero de 2003, ILM, vol. 42, n.º 3 (mayo de 2003), pág. 596.

23. En el informe preliminar se señalaba que, además de la troika, otros altos funcionarios gozan de inmunidad *ratione personae*[44]. En el derecho internacional no existe una lista de esos funcionarios. El Relator Especial propuso en el informe preliminar que se examinasen los criterios por los que había que guiarse al establecer si determinado alto funcionario que no pertenece a la troika goza o no de inmunidad personal[45]. Se refería, en particular, a que además de garantizar la participación del Estado en las relaciones internacionales, uno de los criterios para considerar que el funcionario goza de inmunidad *ratione personae* puede ser la importancia de las funciones que cumple ese alto funcionario para garantizar la soberanía del Estado[46]. El Estado que comienza a ejercer su jurisdicción penal en relación con un alto funcionario extranjero que no pertenece a la troika no está en la obligación de saber ni suponer que esa persona responde a los criterios antes mencionados y posee inmunidad personal. Solo debe informar al Estado del funcionario sobre las medidas que ha adoptado. Resulta lógico afirmar que, si el Estado de ese funcionario considera que esa persona responde a los criterios antes mencionados y goza de inmunidad personal, compete precisamente al propio Estado invocar la inmunidad. En este sentido procesal, la inmunidad personal de los altos funcionarios que no pertenecen a la troika es análoga a la inmunidad *ratione materiae*.

24. Cuando se trata del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, cuya inmunidad *ratione personae* debe plantearse el propio Estado que ejerce la jurisdicción, es lógico suponer que el Estado del funcionario no está en la obligación de presentar documentos probatorios de la inmunidad ni fundamentarla. Si esto no es evidente[47], basta solo con ratificar el estatuto oficial de esa persona. Esto puede hacerse por canales diplomáticos, incluso cuando la cuestión esté examinándose en un tribunal[48]. ¿Debe el Estado que invoca la inmunidad funcional de los funcionarios o la inmunidad personal de altos funcionarios que no pertenecen a la troika participar en las actuaciones de un tribunal extranjero contra su funcionario, para que se tenga en cuenta la cuestión de la inmunidad, y presentar la justificación de esa inmunidad?

25. En el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, Francia afirmó que la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios debe resolverla en cada caso el tribunal extranjero. «Una solución contraria, según Francia, tendría «un alcance devastador y significaría ser suficiente para cualquier funcionario, cualesquiera sean su grado y sus funciones, afirmar que actuaba en el marco de sus funciones para eludir un enjuiciamiento penal en un Estado extranjero. Al no ser las inmunidades funcionales absolutas, según Francia corresponde a la justicia de cada país apreciar, en caso de enjuiciamiento penal de una persona, si esta, debido a los actos de poder público cumplidos en el ejercicio de sus funciones, debería beneficiar, en tanto agente del Estado, de la inmunidad de jurisdicción penal reconocida a los Estados extranjeros»[49]. La CIJ observó al respecto, que los tribunales franceses no fueron informados por el Gobierno de Djibouti de que las acciones de los funcionarios de Djibouti eran acciones de Djibouti propiamente, y, en un sentido más general, que el Estado «que pretende invocar la inmunidad de uno de sus órganos debe informar a las autoridades del Estado de que se trate»[50]. Por esa razón, en el fallo de la Corte solo se trata de «informar» o «poner en conocimiento», pero no de «justificar» la inmunidad ni por qué cabe afirmar que los funcionarios llevaron a cabo sus acciones a título oficial como autoridades del Estado. En su opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Corte tampoco recuerda que sea necesario que las Naciones Unidas justifiquen la inmunidad funcional de su funcionario[51]. Sin embargo, en el fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Corte observó que «no quedó "concretamente verificado" ante ella que los actos que originaron las citaciones para prestar testimonio dirigidas a los interesados en su calidad de testigos asistidos por Francia fueron efectivamente hechos consumados en el marco de sus funciones en calidad de órganos del Estado»[52].

26. El Relator Especial desea señalar al respecto lo siguiente. En primer lugar, la CIJ se refiere en esa cita solamente a que el carácter oficial de las acciones de los funcionarios de Djibouti no quedó «concretamente verificado» por la propia Corte. En este contexto no se hace mención del tribunal francés. En segundo lugar, en sentido estricto, incluso al mencionar la ausencia de «verificación concreta», la Corte, se repite, no menciona

[44] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), págs. 117 y 118, párrs. 117 a 121.

[45] Ibíd., pág. 118, párr. 121.

[46] Ibíd.

[47] Dejando a un lado la cuestión de la importancia del reconocimiento a los fines de la inmunidad (consideraciones del Relator Especial al respecto figuran en ibíd., pág. 199, párr. 124), cabe prever la posibilidad de que no se haya definido el estatuto del alto funcionario, por ejemplo, cuando está en funciones un gobierno de transición (cuando se nombra al nuevo jefe de gobierno, pero el anterior sigue en funciones) o como resultado de reformas constitucionales, que traen consigo una redistribución sustancial de responsabilidades entre puestos claves del Estado.

[48] Los medios de invocar la inmunidad se analizan en los párrafos 27 y 28 *infra*.

[49] *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 242, párr. 189.

[50] Ibíd., pág. 244, párr. 196. El Departamento de Estado de los Estados Unidos, en la declaración formulada en relación con el caso *Samantar* (nota 27 *supra*), especifica que (párr. 11): «La práctica común es que un Estado extranjero pida una indicación de inmunidad al Departamento de Estado en nombre de sus funcionarios. [...] Dado que la inmunidad pertenece al Estado y no al individuo, y que solo los actos de exfuncionarios realizados en su capacidad oficial tienen derecho a la inmunidad bajo el derecho internacional consuetudinario, la división ejecutiva considera si el Estado extranjero entendió que su funcionario había actuado en una capacidad oficial al determinar la inmunidad o no inmunidad del exfuncionario». Es decir, por una parte, se trata de un «entendimiento», y no de la demostración por parte del Estado del funcionario del carácter oficial de las correspondientes acciones de este último, y, por la otra, de que para las autoridades de los Estados Unidos, este «entendimiento» se tiene en cuenta al decidir sobre la cuestión de la inmunidad, pese a que, probablemente, ni se considere una obligación.

[51] En la opinión consultiva se señala que el Secretario General de las Naciones Unidas en su condición de alto funcionario de la Organización debe informar al gobierno del Estado que ejerce la jurisdicción de que la persona que presta servicios para la Organización ha actuado a título oficial y goza de inmunidad. Esto ya sienta las bases de la posición jurídica, que prevé las correspondientes obligaciones del Estado que ejerce la jurisdicción y esa posición, en virtud de que está reconocida por la Corte como «presunción», no requiere justificación y solo puede ser refutada por razones excepcionalmente convincentes. Véase *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 87, párrs. 60 y 61.

[52] *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 242, párr. 191.

la obligación de Djibouti de justificar la inmunidad ni el carácter oficial de las acciones de sus funcionarios, sobre el que basa su decisión. Como señala Buzzini, al comentar este fragmento del fallo: «[p]uede argumentarse, especialmente en el contexto de una alegada inmunidad para testimoniar, que no puede estimarse que el Estado que desea invocar la inmunidad tenga la tarea de sustanciar su solicitud suministrando información detallada o pruebas que harían posible la desestimación del entero propósito de la inmunidad»[53]. Resulta que esta lógica funciona en relación con la invocación de la inmunidad funcional en su conjunto y no solamente en lo referente a la inmunidad de prestar testimonio. Para justificar ante un tribunal extranjero o ante un funcionario de otros órganos de poder de un Estado extranjero el carácter oficial de las acciones de sus funcionarios, cabe la posibilidad de que se exija al Estado del funcionario que presente información sumamente delicada de tal naturaleza que ponga al descubierto información sobre asuntos internos que atañen a su soberanía. El objetivo de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es precisamente la protección de esta esfera[54].

27. Obsérvese también que la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* se refiere a informar «a las autoridades» del Estado que ejerce la jurisdicción, y no limita la cuestión a informar a los tribunales. El señalamiento de la Corte de que se puede informar a las «autoridades» del Estado que ejerce la jurisdicción y no solamente a los tribunales al parecer demuestra que la Corte no consideró que el Estado del funcionario tuviese la obligación de informar precisamente al tribunal extranjero de la inmunidad del funcionario para que ese tribunal examinara la cuestión de la inmunidad. El Estado del funcionario puede invocar la inmunidad del funcionario por la vía diplomática, y por ese medio informar al Estado que ejerce la jurisdicción, y esto basta para que el tribunal de ese Estado examine la cuestión de la inmunidad[55]. El hecho de que el Estado no esté en la obligación de dirigirse directamente al tribunal extranjero dimana del principio de soberanía y de la igualdad soberana de los Estados[56].

28. En la práctica los Estados pueden actuar de distinta manera[57]. Si así lo desean, tienen la posibilidad de defender la inmunidad de sus funcionarios en los tribunales extranjeros. Otros pueden limitarse a invocar la inmunidad por la vía diplomática, basándose en que las propias autoridades competentes del Estado que ejerce la jurisdicción informarán al tribunal de que el Estado del funcionario ha hecho valer la inmunidad del funcionario al cual se le está aplicando la jurisdicción[58]. El Estado puede también

---

[53] Buzzini, *loc. cit.*, pág. 467.

[54] Basándose en este razonamiento, en el caso *Belhas* et al. *v. Ya'alon* (nota 20 *supra*) (al conocer de la apelación del demandante contra el rechazo del tribunal de distrito de los Estados Unidos a considerar un recurso civil debido a la inmunidad funcional de que gozaba el demandado), el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos del Distrito de Columbia señalaba que exigir la presentación de documentos («*discovery*»), que confirmasen que el demandado era un funcionario debidamente autorizado por el Estado de Israel para realizar las acciones que se le imputaban, contravendría el propio objetivo de la inmunidad («Tal como el tribunal decidió en *El-Fadl*, a la luz de la evidencia que [el demandado] presentó al tribunal de distrito y ante la ausencia de manifestación por parte [del demandante] de que [el demandado] no actuaba en su capacidad oficial, la presentación de documentos frustraría la importancia y el beneficio del derecho a inmunidad contra demandas»).

[55] Se puede sacar una conclusión análoga de la opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* (*C.I.J. Recueil 1999*, párrs. 60 y 61). Además, no se excluye que se pueda hablar de la obligación de las autoridades del Estado, que han recibido la correspondiente información, de ponerla en conocimiento del tribunal nacional que examina el caso del funcionario cuya inmunidad está en juego. En todo caso, en la mencionada opinión consultiva de la CIJ se establece lo siguiente: «Las autoridades de las partes en la Convención tienen la obligación de transmitir esa información a los tribunales internos competentes, que la necesitan para aplicar debidamente la Convención» (ibíd., párr. 61). En este caso, la correspondiente obligación de las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción dimana de los compromisos con la norma sobre inmunidad de los funcionarios de las Naciones Unidas, consagrada en un convenio internacional. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tiene su fundamento en el derecho internacional general. Por consiguiente, en el derecho internacional general se basa también la mencionada obligación del gobierno del Estado que ejerce la jurisdicción.

[56] En el comentario del artículo 6, párr. 1, del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se establece lo siguiente: «La comparecencia ante los tribunales extranjeros para invocar la inmunidad tendría importantes consecuencias financieras para el Estado demandado y, por consiguiente, no debe convertirse en condición necesaria para la determinación de la inmunidad del Estado. Esa parte de la disposición no tiene por objeto, en cambio, disuadir al Estado demandado de comparecer ante el tribunal, lo que constituiría la mejor garantía para lograr un resultado satisfactorio» (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 25, párr. 5 del comentario).

[57] Un buen ejemplo de las diferencias en la práctica del respeto de la inmunidad figura en un fragmento del fallo del Tribunal Supremo de Filipinas relativo al examen de la solicitud presentada por la Santa Sede de que se dejasen sin efecto las decisiones previas de no reconocer la inmunidad soberana del Vaticano, contra las cuales se había interpuesto un recurso civil. Al analizar si el Departamento de Relaciones Internacionales de Filipinas podía intervenir en el caso como un tercero, el Tribunal describe la práctica de invocar la inmunidad del Estado en un tribunal extranjero: «Cuando un Estado o una organización internacional desea invocar la inmunidad soberana o diplomática en un tribunal extranjero, debe pedir al ministerio de relaciones exteriores del país donde se sustancia el juicio que haga llegar al tribunal la declaración de que el demandado goza de inmunidad». Además, resumiendo algunas de las características específicas de esa práctica en los Estados Unidos y el Reino Unido, el Tribunal señala: «En Filipinas, la práctica es que el gobierno extranjero o la organización internacional deben en primer lugar avalar la solicitud de inmunidad soberana o diplomática. Sin embargo, hay distintas formas en que el ministerio de relaciones exteriores hace llegar tal aval a los tribunales. En el caso *International Catholic Migration Commission v. Calleja*, [...] el Ministro de Relaciones Exteriores simplemente envió una carta directamente al Ministro de Trabajo y Empleo haciéndole saber que el empleador demandado gozaba de inmunidad diplomática y no podía ser demandado. En el caso *World Health Organization v. Aquino* [...] el Ministro de Relaciones Exteriores envió al tribunal un telegrama a esos efectos. En el caso *Baer v. Tizon* [...] la Embajada de los Estados Unidos solicitó al Ministro de Relaciones Exteriores que le pidiera al Procurador General, en nombre del Comandante de la base naval de los Estados Unidos en Olongapo City, Zambales, una «indicación» al juez correspondiente. El Procurador General dio a la «indicación» la forma de una manifestación y memorando *amicus curiae.* [...] En algunos casos, la defensa de la inmunidad soberana fue presentada directamente a los tribunales locales por los abogados de los demandados. [...] En los casos en que los Estados extranjeros no dieran participación al Ministerio de Relaciones Exteriores, los tribunales pueden informarse sobre los hechos y determinar ellos mismos acerca de la naturaleza de los actos y transacciones de que se trate» (*The Holy See v. Starbright Sales Enterprises Inc.*, Tribunal Supremo de Filipinas, G.R. N.º 101949 1 de diciembre de 1994, ILR, vol. 102 (1996), págs. 167 y 168).

[58] En la causa ya mencionada *Belhas c. Ya'alon* (véase la nota 20 *supra*) sobre la inmunidad de M. Ya'alon, ex-General de las Fuerzas de Defensa de Israel (ex Jefe de la Inteligencia Militar) de la jurisdicción civil, en una carta del Embajador de Israel en los Estados Unidos, D. Ya'alon a N. Burns, Vicesecretario de Estado de los Estados Unidos. M. Ya'alon presentó esa carta al tribunal de primera instancia que había declarado sin lugar el recurso, así como a la Sala de Apelaciones. De esta misma forma se ratificó el carácter oficial de las acciones de A. Dichter, ex Jefe de los Servicios de Seguridad de Israel.

no asumir ninguna de esas posiciones y actuar según las circunstancias: en algunos casos declarará la inmunidad de su funcionario directamente al tribunal y en otros utilizará solo la vía diplomática, e incluso podrá utilizar todas las posibilidades. Además, hay que tener presente que en lo que respecta a la aplicación de la jurisdicción penal, la cuestión de la inmunidad puede surgir en la etapa previa al juicio. En este caso, es posible que, en general, ni se llegue a invocar la inmunidad ante el tribunal.

29. Para invocar la inmunidad funcional, el Estado del funcionario deberá indicar que los hechos que se le imputan al funcionario fueron llevados a cabo a título oficial (es decir, que son actos del propio Estado). Precisamente el Estado del funcionario tiene la prerrogativa de hacerlo, por cuanto se trata de su organización interna y sus relaciones con sus propios funcionarios. Como señaló la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en su fallo en la causa *Blaškić*,

> el derecho internacional consuetudinario protege la organización interna de cada Estado soberano: deja a su criterio la determinación de su estructura interna y en particular la designación de los individuos que actúan como agentes u órganos del Estado. Cada Estado soberano tiene el derecho de dar instrucciones a esos órganos, tanto a quienes actúan a nivel nacional como en el terreno de las relaciones internacionales, y también prever sanciones u otras soluciones para los casos de incumplimiento de tales instrucciones. El corolario de este poder exclusivo es que cada Estado tiene el derecho de invocar que los actos o transacciones realizados por uno de sus órganos en su carácter oficial sean atribuidos al Estado, de manera que el individuo no sea responsable por esos actos o transacciones. [...] La norma general que se examina está bien establecida en el derecho internacional y se basa en la igualdad soberana de los Estados (*par in parem non habet judi imperium*). [...] La norma general ha sido implementada en muchas ocasiones, si bien fundamentalmente con relación a su corolario, es decir, el derecho de un Estado de solicitar la inmunidad funcional de jurisdicción extranjera de sus órganos. [...] Esta norma se aplica sin lugar a dudas a las relaciones de los Estados *inter se*[59].

Dicha prerrogativa del Estado del funcionario dimana de la soberanía del Estado[60].

30. Por otra parte, al parecer, vale la pena tener en cuenta la posición de Van Alebeek: «La regla de la inmunidad funcional no […] obliga a los tribunales a aceptar ciegamente *cualquier* reclamo de un Estado extranjero de que un funcionario ha actuado bajo su autoridad. El tribunal puede investigar independientemente acerca de si esa solicitud es razonable»[61]. En efecto, el tribunal extranjero no está en la obligación (y tampoco lo están las demás autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción) de «aceptar ciegamente cualquier» declaración del Estado del funcionario. Pero el tribunal tampoco puede pasar por alto este tipo de declaración, si de las circunstancias del caso no surgen evidencias de otra cosa, puesto que, como se señaló en párrafos anteriores, la prerrogativa de determinar si el comportamiento de su funcionario ha sido de carácter oficial compete al Estado del funcionario y no al Estado que ejerce la jurisdicción. No obstante, en este contexto cabría preguntarse, ¿no es acaso presunción del carácter oficial de las acciones o del comportamiento del funcionario, el hecho de que el Estado del funcionario así las califica? Al menos, la CIJ así lo señaló respecto de una presunción análoga planteada en el caso *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. Uno de los elementos fundamentales en la situación objeto de examen en este caso era el siguiente: el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, en representación del Secretario General de la Organización, informó al Gobierno de Malasia

A. Dichter también presentó ante el tribunal una solicitud de desestimación del recurso (*Matar and ors v. Dichter* (véase la nota 33 *supra*)).

[59] *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, fallo sobre la petición de Croacia relativa a la revisión de la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 18 de julio de 1997, 29 de octubre de 1997, párr. 41 disponible en www.icty.org/case/blaskic/4). Una posición parecida tuvo la CIJ respecto de las prerrogativas del Secretario General de las Naciones Unidas en relación con los funcionarios de la Organización, al pronunciar su opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. La Corte señalaba, en particular, lo siguiente: «Como ha señalado la Corte, el Secretario General, en su condición de primer funcionario administrativo de la Organización, es el principal responsable de salvaguardar los intereses de la Organización. Con tal fin, le corresponde decidir si sus agentes han actuado en el ámbito de sus funciones y, en todo caso, proteger a esos agentes, incluidos los peritos que desempeñan una misión, invocando su inmunidad» (*C.I.J. Recueil 1999*, pág. 87, párr. 60).

[60] Caso *Blaškić* (nota precedente), párr. 41. Como señala Seyersted: «La jurisdicción básica de un Estado implica que en sus relaciones con sus órganos y funcionarios —y en todas las relaciones entre ellos— se rige por el derecho público y por los órganos ejecutivos y judiciales de ese Estado, y no por el derecho público o privado o por los órganos de otro Estado» («Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations», págs. 33 y 34). Por su parte, Shaw, refiriéndose al estatuto del jefe de Estado (y, en particular, en relación con la renuncia de la inmunidad) también se remite al ordenamiento jurídico del Estado, al que presta servicios el funcionario de que se trate («En primer lugar, la cuestión de la determinación de la condición del jefe de Estado ante los tribunales nacionales es fundamentalmente un asunto que le corresponde al ordenamiento nacional del individuo de que se trate. En el caso *Republic of the Philippines v. Marcos (N.º 1)*, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del segundo circuito de los Estados Unidos estatuyó que los Marcos, el depuesto dirigente de Filipinas y su esposa, no podían invocar la inmunidad soberana. En una decisión posterior, el Tribunal de Apelaciones del cuarto distrito estatuyó *In re Grand Jury Proceedings Doe N.º 770* que un jefe de Estado era fundamentalmente una atribución de la soberanía del Estado, no un derecho individual, y que en consecuencia debería darse pleno efecto a la revocación por el Gobierno de Filipinas de la inmunidad de los Marcos» (*International Law*, pág. 736). Sobre esto mismo escribe Tomonori («The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct», pág. 276): «Se ha dicho incontestablemente que "[e]s el orden jurídico nacional, la legislación del Estado, la que determina bajo qué condiciones los actos individuales son actos de un órgano del Estado"». Aquí el autor se remite a Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), pág. 117. Morin, respondiendo a una pregunta del Relator durante la formulación de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2009 («Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international. Travaux préparatoires», pág. 19), recuerda el principio establecido «según el cual cada Estado tiene la libertad de atribuir él mismo el ejercicio de sus competencias a las personas que designe como sus agentes».

[61] *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, pág. 115. Van Alebeek continúa (ibíd.): «Algunos actos son tan inherentemente personales que no puede argumentarse razonablemente que fueron realizados bajo la autoridad de un Estado. Por ejemplo, es difícil argüir que un jefe de Estado que mata a alguien en un acceso de cólera no estaba cometiendo otra cosa que un delito puramente privado. De la misma manera, el velo de la autoridad del Estado no podría cubrir de manera convincente el tráfico de sustancias estupefacientes por un beneficio puramente privado. Que tal acto puramente privado se cometa en el ejercicio de las funciones de un funcionario no hace ninguna diferencia. En resumen, la solicitud de que los actos se atribuyan al Estado y no al funcionario del Estado personalmente no puede ser frívolamente argumentada por los Estados extranjeros para proteger a sus funcionarios». En el segundo informe (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 26 y ss.) se establece que es el propio Estado el que puede determinar los criterios para calificar las acciones o el comportamiento de sus funcionarios. La propia Comisión examinó a fondo esta cuestión durante la formulación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76, esp. arts. 4 y 7 y sus comentarios, págs. 41 y 47, respectivamente).

de que el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, al realizar actos que habían sido objeto de actuaciones judiciales en Malasia, estaba cumpliendo funciones oficiales y, por consiguiente, gozaba de inmunidad en relación con esas acciones[62]. Así pues, se trataba de la inmunidad de un funcionario de las Naciones Unidas *ratione materiae*, basada en que las acciones de esa persona fueron realizadas a título oficial, sobre lo cual la Organización había informado a Malasia. Sobre el particular, la Corte declaró:

> Cuando se somete a los tribunales internos un asunto que afecta a la inmunidad de un agente de las Naciones Unidas, hay que notificarles inmediatamente cuál es la opinión del Secretario General al respecto. Esa opinión, y su expresión documental, crea una presunción que solo puede destruirse por razones muy graves y que, por lo tanto, debe tener el máximo peso en los tribunales internos[63].

Como es de suponer en este caso no solo se trata de la presunción de la inmunidad funcional, sino también de la presunción del carácter oficial de las acciones del funcionario, que se produce cuando la Organización a la que presta servicios el funcionario informa sobre el carácter de las acciones de ese funcionario al Estado que ejerce la jurisdicción[64].

31. Lo antedicho respecto de que el Estado de un funcionario que goce de inmunidad funcional no tiene la obligación de participar en el proceso judicial ni de informar directamente al tribunal extranjero acerca de la inmunidad del funcionario, para que el tribunal tenga en cuenta la cuestión de la inmunidad se refiere también, como es de suponer, a una situación en la que se trate de la inmunidad personal de altos funcionarios que no pertenezcan a la troika. En este caso, el Estado del funcionario tampoco está obligado a participar en las actuaciones judiciales y puede informar sobre la inmunidad de su funcionario solo al gobierno (y no necesariamente al tribunal) del Estado que ejerce la jurisdicción para que los órganos de poder correspondientes del otro Estado, en particular, el tribunal, tengan en cuenta su inmunidad. Por otra parte, tomando en consideración las circunstancias enumeradas en el párrafo 23 *supra*, el Estado del funcionario deberá presentar justificación de que, considerando su estatuto y sus funciones, el funcionario cumple los criterios que permiten afirmar que goza de inmunidad personal, pese a que no es jefe de Estado o de gobierno ni ministro de relaciones exteriores. La cuestión del estatuto, las funciones y la importancia del funcionario para el ejercicio de la soberanía del Estado guarda relación con la competencia interna de ese Estado, al igual que la cuestión de si las acciones del funcionario tienen carácter oficial[65]. Por eso, el Estado que ejerce la jurisdicción no puede pasar por alto la invocación de la inmunidad personal del funcionario extranjero, aunque no forme parte de la troika. Por otra parte, al igual que en el caso de la determinación de si las acciones del funcionario son oficiales, el Estado no está obligado a «aceptar ciegamente cualquier» declaración de ese tipo del Estado del funcionario.

C. Renuncia a la inmunidad[66]

32. Como se señaló en los comentarios de la Comisión acerca del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la inmunidad de un Estado no se aplica cuando ese Estado ha convenido en que se le aplique la jurisdicción de otro Estado[67]. Un elemento importante de la inmunidad es el hecho de que no exista tal acuerdo[68]. El consentimiento de un Estado para que se le aplique la jurisdicción de otro Estado constituye la esencia de la renuncia de la inmunidad. Cabe suponer que esto también se aplica plenamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado[69]. Como se señala en el memorando de la Secretaría, «[e]l fundamento en que se basa la renuncia a la inmunidad —como el fundamento de la inmunidad misma— se basa en la igualdad soberana de los Estados y el principio *par in parem non habet imperium*»[70].

33. En el párrafo 15 *supra* se recuerda que en el informe preliminar se hacía referencia a que la inmunidad no pertenecía al propio funcionario, sino al Estado del funcionario. En consecuencia, solo ese Estado puede invocar de forma

---

[62] «Actuando en nombre del Secretario General, el Asesor Jurídico consideró las circunstancias de la entrevista y de los pasajes objeto de controversia del artículo y determinó que Dato' Param Cumaraswamy había sido entrevistado en su condición de Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, que el artículo se refería claramente a su actuación en nombre de las Naciones Unidas y a su mandato en tanto que Relator Especial de las Naciones Unidas de investigar a nivel mundial denuncias relativas a la independencia del poder judicial, y que había citado pasajes relativos a tales denuncias. Por consiguiente, el 15 de enero de 1997, el Asesor Jurídico, en una nota verbal dirigida al Representante Permanente de Malasia ante las Naciones Unidas "pidió a las autoridades malasias competentes que informaran con prontitud a los tribunales malasios de la inmunidad del Relator Especial contra toda acción judicial con respecto a esa denuncia concreta"» (Petición de una opinión consultiva transmitida a la Corte en cumplimiento de la decisión 1998/297 del Consejo Económico y Social de 5 de agosto de 1998, párr. 6).

[63] *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 87, párr. 61.

[64] Consideraciones análogas guiaron, por lo visto, a los tribunales de distrito y de apelación del Distrito de Columbia de los Estados Unidos, al reconocer la inmunidad del general M. Ya'alon en un recurso civil presentado en nombre de las víctimas de acciones militares de las fuerzas armadas israelíes. El Tribunal de Apelación declaró, en particular, en su fallo de 15 de febrero de 2008: «A la luz de la ausencia de cualquier indicación en la demanda de que el general Ya'alon actuó fuera del ámbito de su autoridad y la declaración del embajador israelí de que sus acciones fueron dentro de la autoridad concedida por el Estado de Israel, el general Ya'alon tiene derecho a gozar de la inmunidad que brinda la FSIA» (nota 20 *supra*).

[65] Como señaló el Sr. Hmoud «[c]orresponde al Estado que tiene derecho a la inmunidad el estatuto de un representante de acuerdo con su legislación interna, y no es una facultad discrecional de las autoridades del Estado en el ejercicio de su jurisdicción», *Anuario… 2008*, vol. I, 2985.ª sesión, párr. 37 *in fine*.

[66] Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 246 a 269.

[67] La inmunidad del Estado «no es aplicable si el Estado de que se trata ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales de otro Estado». No existe obligación para «ningún Estado de abstenerse de ejercer su jurisdicción, de conformidad con sus reglas de competencia, sobre o contra otro Estado que haya consentido en tal ejercicio. La obligación de abstenerse de someter a otro Estado a la propia jurisdicción no es una obligación absoluta. Está claramente subordinada a la inexistencia o falta de consentimiento del Estado contra el cual se quiere ejercer la jurisdicción» (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párr. 3 del comentario al artículo 7, párr. 1, del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes).

[68] Ibíd.

[69] En relación con la inmunidad del jefe de Estado, Watts escribe: «En los casos en que existe una inmunidad, se puede renunciar a ella y otorgar consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción» («The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», pág. 67).

[70] Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 249.

jurídicamente válida la inmunidad de su funcionario. Esta misma lógica es aplicable a la renuncia de la inmunidad. Goza de reconocimiento prácticamente general el hecho de que corresponde al Estado y no al propio funcionario el derecho de renunciar a la inmunidad del funcionario, ya se trate de la inmunidad *ratione personae* o de la inmunidad *ratione materiae*[71]. Mientras preparaba el proyecto de artículos sobre relaciones diplomáticas, la Comisión llegó a esta misma conclusión en relación con el personal de la representación diplomática[72], que, posteriormente, la Comisión utilizó como fundamento para su labor relativa a los proyectos de artículos sobre relaciones consulares, las misiones especiales y la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal[73]. Con esta conclusión estuvieron de acuerdo los Estados al incluir las disposiciones correspondientes aprobadas sobre la base de los proyectos de artículos de las convenciones que se mencionan *supra*[74]. No hay motivos para suponer que esta conclusión no se aplique a todos los funcionarios del Estado[75].

34. El propio Estado es el que determina cuál es el órgano estatal competente para renunciar a la inmunidad de los funcionarios con arreglo a su organización interna, lo cual, como es de suponer, no es objeto de la normativa de derecho internacional[76]. Ahora bien, hay que prestar atención especial en este contexto a la situación de renuncia de la inmunidad de los funcionarios de Estado que pertenecen a la troika (aquí se trata naturalmente de esos funcionarios en ejercicio)[77].

35. Los jefes de Estado y, en muchos casos, los jefes de gobierno son las máximas autoridades del Estado. Se considera que ambos, junto con el ministro de relaciones exteriores, representan al Estado en las relaciones internacionales sin necesidad de que haya que asignarles atribuciones más amplias. Dada esta situación, surge la pregunta de si pueden ellos mismos renunciar a la inmunidad de la jurisdicción extranjera de que gozan.

36. Esta cuestión, en cierta medida, tiene un carácter hipotético. Como señala Tunks, «[e]n la práctica, es harto poco frecuente ver que se levante la inmunidad de un jefe de Estado en ejercicio porque a menudo él mismo es quien tiene el poder de controlar si se produce o no

[71] Véase ibíd., párr. 265. En el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, de la CIJ, se señala que los funcionarios del Estado «dejarán de disfrutar de inmunidad de jurisdicción extranjera si el Estado que representan o han representado decide renunciar a dicha inmunidad» *(C.I.J. Recueil 2002*, pág. 25, párr. 61). Como se señala en la declaración de interés de los Estados Unidos en la causa *Samantar* (nota 27 *supra*), párr. 10, «[d]ebido a que la inmunidad pertenece finalmente al Estado, un Estado extranjero puede levantar la inmunidad de un funcionario o exfuncionario, aun por actos cumplidos en una capacidad oficial». Además, el Gobierno de los Estados Unidos se remite a la causa *In re Doe* (en esta causa se impugnó la citación de comparecencia dictada por el tribunal de primera instancia contra F. Marcos, ex-Presidente de Filipinas, y su esposa (Tribunal de Apelaciones, segundo circuito, 860 F.2d 40), en cuyo fallo se señalaba: «Dado que es el Estado quien otorga el poder de dirección y la acumulación de poder —incluyendo la inmunidad— el Estado puede revertir lo que otorgó a sus antiguos dirigentes». Véase también el párrafo 1 del artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 («El jefe de Estado no goza de la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución que le fueran acordadas en virtud del derecho internacional cuando su Estado ha renunciado a ellas. Esta renuncia puede ser explícita o implícita en la medida en que sea cierta. La determinación del órgano competente para decidir esta renuncia le corresponde al derecho nacional del Estado interesado») («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international»). La resolución del Instituto sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de las personas que actúan en nombre del Estado en caso de delitos internacionales, de 2009, contiene las siguientes disposiciones sobre la renuncia a la inmunidad: «Los Estados deberían considerar el levantamiento de la inmunidad de sus funcionarios cuando se les sospeche o acuse de haber cometido crímenes internacionales» (art. II, párr. 3) («Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agentes en cas de crimes internationaux», pág. 229). Ahora bien, es evidente, que en este caso se prevé no solo el derecho del Estado como titular de la inmunidad a denegarla, sino también la recomendación de proceder precisamente de esa manera en caso de comisión de delitos. Véase también, por ejemplo, Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 335; Buzzini, *loc. cit.*, pág. 474; Dominicé «Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat», pág. 306, quien señala que [l]as inmunidades, sus características y sus límites son fijados por el derecho internacional. Cuando existen, es efectivamente el Estado quien puede renunciar a su inmunidad o a la de sus organismos»; Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, pág. 534, que afirman que «[e]s el Estado el beneficiario real de la inmunidad, y es el Estado quien la levanta, más allá de los deseos de la persona que alega la inmunidad». Al referirse al examen de la renuncia de la inmunidad de los representantes diplomáticos, M. Shaw señala que en el caso «*Fayed v. Al-Tajir* [1987 2 All ER 396] el Tribunal de Apelaciones se refirió a las alegaciones de defensa hechas por un embajador respecto de un aparente levantamiento de inmunidad. Kerr hizo notar acertadamente que tanto bajo el derecho internacional como el derecho inglés, la inmunidad era el derecho del Estado de envío y que por consiguiente "solo el soberano puede levantar la inmunidad de sus representantes diplomáticos. Ellos no pueden hacerlo por sí solos"» (*op. cit.*, pág. 771).

[72] Véase el debate sobre la renuncia de la inmunidad durante los trabajos sobre el proyecto de artículos relativos a las relaciones e inmunidades diplomáticas en el noveno período de sesiones de la Comisión, de 27 de mayo de 1957, *Anuario… 1957*, vol. I, 405.ª sesión, págs. 116 y ss. La Comisión aprobó sin objeciones el proyecto de párrafo 1 del artículo 21, en que se establecía que, la renuncia de la inmunidad corresponde al Estado acreditante. En los proyectos aprobados por la Comisión, esta formulación quedó incluida en el párrafo 1 del artículo 30: «El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos» (*Anuario… 1958*, vol. II, pág. 106).

[73] Es característico el comentario formulado por la Comisión en relación con el artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares: «La facultad de renunciar a las inmunidades corresponde al Estado que envía, que es el sujeto de los derechos que se deducen de los presentes artículos. El funcionario consular no puede hacerlo por propia iniciativa» (*Anuario… 1961*, vol. II, pág. 132, párr. 1 del comentario).

[74] La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 32), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45), la Convención sobre Misiones Especiales (art. 41) y la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (arts. 31 y 61).

[75] Al estudiar la cuestión general de si es procedente la renuncia a la inmunidad por parte del Estado, en particular, del jefe de Estado, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos se basa también en la analogía con la inmunidad diplomática: «Principios relacionados con la inmunidad diplomática van en apoyo de la conclusión de que la inmunidad del jefe de Estado puede ser levantada por el soberano. […] Claramente, un individuo goza de inmunidad diplomática solo al arbitrio del Estado del individuo. Es verdad que esta disposición de la Convención de Viena [sobre Relaciones Diplomáticas] solo se aplica a los diplomáticos, pero no hay razón para que su fundamentación no se aplique a los jefes de Estado. En efecto, resultaría anómalo que un Estado tenga el poder de revocar la inmunidad diplomática, pero no la inmunidad de un jefe de Estado» (*In re Grand Jury Proceedings, John Doe # 700* (nota 28 *supra*).

[76] En la segunda oración del párrafo 1 del artículo 7 de la resolución del Instituto de 2001 (véase la nota 71 *supra*) se hace referencia directa a eso: «La determinación del órgano competente para decidir esta renuncia le corresponde al derecho nacional del Estado interesado».

[77] «Si existe un problema, le concierne sobre todo a la persona que se encuentra en lo alto de la jerarquía y que no tiene un superior inmediato al que referirse, lo que se dirige principalmente al jefe de Estado extranjero (Verhoeven, *Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, pág. 114).

dicho levantamiento»[78]. En esta doctrina hay dos puntos de vista que llaman la atención. Como señaló Watts en relación con los jefes de Estado, «[e]l levantamiento de la inmunidad de un jefe de Estado […] se ve complicado por el hecho de que él es la máxima autoridad en su propio Estado»[79]. A su juicio, teniendo presente que el jefe de Estado es el órgano superior del Estado, su renuncia a la inmunidad será válida[80]. Sin embargo, Verhoeven considera que el jefe de Estado no puede personalmente renunciar a las inmunidades, «habida cuenta de que ellas protegen a funciones que ejerce exclusivamente en interés del Estado a cuyo frente se encuentra»[81]. También señala que la prerrogativa de la renuncia a la inmunidad del jefe de Estado corresponde a las autoridades competentes de ese Estado[82]. De manera que, cada Estado determinará, de conformidad con su derecho interno, cuáles son las autoridades que tienen competencia para renunciar a esa inmunidad, como ocurre en el caso de la renuncia de la inmunidad de otros funcionarios[83].

37. Evidentemente, la lógica que aplica Watts, que está basada en la jerarquía de los funcionarios y de los órganos estatales, parte del supuesto de que el ministro de relaciones exteriores no puede por sí mismo renunciar a la inmunidad, ya que no ocupa el cargo de mayor jerarquía del Estado y es siempre el funcionario de más alto rango o el órgano de poder de categoría superior, el que puede hacer renuncia de la inmunidad del ministro de relaciones exteriores. Con semejante procedimiento no queda clara la situación del jefe de gobierno: en algunos países el jefe de gobierno es el funcionario de más alto rango, en otros, no lo es.

38. Posiblemente haya que analizar esta cuestión partiendo de que se considera que esos tres altos funcionarios, en virtud de sus cargos, representan al Estado en las relaciones internacionales. Si se tiene en cuenta esta circunstancia, y no solo las consideraciones de jerarquía, cabe afirmar que el Estado que ejerce la jurisdicción penal contra semejante funcionario, y obtiene del funcionario la renuncia de la inmunidad, tiene derecho a creer que el Estado del funcionario tiene esa misma disposición, por lo menos, mientras no reciba de ese Estado información en contrario.

39. Junto con la cuestión de quién tiene derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario, es menester analizar también la forma de renuncia de la inmunidad[84]. ¿Deberá siempre expresarse por escrito la renuncia a la inmunidad del funcionario o basta con que exista una renuncia implícita?, o, independientemente de si la renuncia es expresa o implícita, ¿basta con que sea clara?

40. La Comisión debatió sobre esta cuestión en la preparación de los proyectos de artículos sobre relaciones diplomáticas, las relaciones consulares, las misiones especiales, la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. En este sentido, la labor de la Comisión relativa al proyecto de artículos sobre relaciones diplomáticas fue decisiva para los primeros cuatro proyectos. En el proyecto de artículos preparado por la Comisión en relación con la renuncia de la inmunidad del agente diplomático se establecía lo siguiente: «En lo penal, la renuncia ha de ser siempre expresa»[85]. En el comentario sobre esta disposición, la Comisión estipulaba lo siguiente: «Se establece una distinción entre la acción penal y la acción civil. En el primer caso, la renuncia ha de ser expresa. Tanto en la acción civil como en la acción administrativa, puede ser expresa o implícita»[86]. Sin embargo, los Estados decidieron otra cosa, por lo que el requisito de que la renuncia a la inmunidad siempre deberá expresarse por escrito, previsto en el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, guarda relación tanto con la inmunidad de la jurisdicción penal como de la jurisdicción civil[87]. De manera análoga se formularon

[78] Tunks, «Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity», pág. 673, nota 123. Más adelante, el autor ilustra acertadamente esta tesis al referirse a la causa *Lafontant c. Aristide*: «Esta situación sin salida se ve ilustrada por el caso *Aristide*. El gobierno *de facto* de Haití pretendía obtener judicialmente el levantamiento de la inmunidad de Aristide, pero no podía hacerlo porque Aristide representaba al único gobierno reconocido por los Estados Unidos; en consecuencia, solo Aristide podía levantar su propia inmunidad». Al analizar la posibilidad hipotética de denegar la inmunidad en la causa *Howland c. Resteiner*, un tribunal federal de distrito de los Estados Unidos observó: «[a]un si la inmunidad de los jefes de Estado se aplica a antiguos jefes de Estado, la inmunidad puede ser levantada en cualquier momento, tanto por el Dr. Mitchell, en su presente capacidad de jefe de Estado de Granada o por cualquier subsiguiente administración que asuma el poder después de que haya finalizado el mandato del Dr. Mitchell» (el objeto de examen era la entrega de una demanda civil contra tres acusados, entre ellos el Dr. Mitchell, Primer Ministro de Granada, así como a su esposa M. Mitchell; el tribunal reconoció la inmunidad de ambos respecto de la demanda teniendo en cuenta la Declaración de Inmunidad, emitida por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, y el hecho de que no se había denegado la inmunidad, aunque sin perjuicio de que se pudiese entregar nuevamente la demanda) (*Charles v. Howland v. Eric E. Resteiner et al.*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Distrito Este de Nueva York, n.º 07-CV-2332, 5 de diciembre de 2007). La posibilidad misma de denegar la inmunidad a un jefe de Estado no crea duda de ningún tipo. A esto se refiere, por ejemplo, a resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international»). Además, por ejemplo, Y. Dinstein, mientras trabajaba en el Instituto en el proyecto de resolución de 2009 señaló que «la capacidad para levantar la inmunidad fue investida en manos del Estado y no del individuo que se beneficia de ella. Esto fue cierto aun cuando la inmunidad fue denominada "inmunidad personal", puesto que nunca fue personal en el sentido de la palabra. Si el Estado ejercía su opción de levantar la "inmunidad personal", la persona de que se trata (sin importar su deseo) estaba sujeta al ejercicio de la jurisdicción que estaba tratando de evitar» («Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international. Travaux préparatoires», pág. 199).

[79] *Loc. cit.*, pág. 67.

[80] Ibíd., pág. 68. Watts examina por separado la renuncia de la inmunidad del jefe de Estado en relación con hechos cometidos a título oficial y acciones realizadas a título personal, y en ambos casos llega a la conclusión de que el propio jefe de Estado puede renunciar a la inmunidad. Sin embargo, a su juicio, es mucho más evidente la posibilidad de que el propio jefe de Estado renuncie a la inmunidad por acciones realizadas a título personal.

[81] Instituto de Derecho Internacional, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», trabajos preparatorios, pág. 550, punto x).

[82] Ibíd.

[83] Véase ibíd., pág. 534. Véase también la ya citada segunda oración del párrafo 1 del artículo 7 de la resolución del Instituto de 2001 (notas 71 y 76 *supra*).

[84] «Una importante cuestión en relación con la renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado es la relativa a la forma que dicha renuncia puede adoptar» (memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 250).

[85] *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 106, artículo 30, párr. 2.

[86] Ibíd., págs. 106 y 107, párr. 3 del comentario al artículo 30.

[87] Solo la renuncia claramente expresa, según la opinión expresada por algunas delegaciones en la conferencia, puede ser prueba suficiente

las disposiciones sobre la renuncia de la inmunidad en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45, párr. 2), en la Convención sobre Misiones Especiales (art. 41, párr. 2) y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 31, párr. 2, y art. 61, párr. 2)[88]. Se observa que el requisito de la renuncia por escrito a la inmunidad, excepto en el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se refiere a personas que gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera a título personal. Además, en todos los casos, se trata de personas conocidas del Estado en el que prestan servicios y cuya condición jurídica también es harto conocida de ese Estado. Son los funcionarios consulares y los empleados del consulado que gozan solo de inmunidad funcional.

41. Son conocidos los fallos de los tribunales nacionales en los que se hace mención a la necesidad de la renuncia inequívocamente expresa a la inmunidad del jefe de Estado. En el memorando de la Secretaría, entre los ejemplos de fallos de esa índole figuran el del Tribunal Federal de Suiza en la causa *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, el del tribunal de distrito del Este de Nueva York en la causa *Lafontant c. Aristide* y el del Tribunal de Apelaciones del Reino Unido en la causa *Ahmed v. Government of the Kingdom of the Saudi Arabia*[89].

42. La renuncia inequívocamente expresa a la inmunidad (el consentimiento inequívocamente explícito del Estado del funcionario a que otro Estado ejerza su jurisdicción penal contra el funcionario) se podrá formular en la forma de declaración unilateral o de notificación del Estado del funcionario o por medio de la firma por este Estado de un acuerdo internacional con el Estado que ejerce la jurisdicción. Dicho acuerdo podrá ser aplicable a un funcionario concreto o a las personas involucradas en el delito penal de que se trate o en sentido más general. Ambas formas de renuncia inequívocamente expresa a la inmunidad se establecen en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes[90].

43. La cuestión de la forma de renuncia a la inmunidad de un ex jefe de Estado se aborda en la causa *Pinochet*. En el memorando de la Secretaría figura un análisis bastante detallado de este aspecto de la cuestión y de los comentarios científicos al respecto[91]. En particular, se subraya que:

> [E]n la causa *Pinochet* (N.º 3), la cuestión de la renuncia giró en torno a la ratificación de la Convención contra la Tortura por Chile, y los siete lores se refirieron a la renuncia en algún grado. Si bien un lord consideró que se trataba de un caso de renuncia expresa, seis lores ni siquiera lo consideraron como un caso de renuncia tácita, y sin embargo cinco de los siete lores concluyeron que en definitiva operaba de modo de manifestar el consentimiento de Chile para que su ex Jefe de Estado quedara sujeto a la jurisdicción[92].

Como señaló Lord Saville, «[S]e [...] dice que toda renuncia a las inmunidades por un Estado debe ser expresa, o por lo menos inequívoca. Yo no discrepariá con ello como una proposición general, pero me parece que los términos expresos e inequívocos de la Convención sobre la Tortura cumplen con cualquier requisito en tal sentido»[93]. Lord Goff expresó su opinión disidente a este respecto al expresar que, a su juicio, la Convención no contenía la renuncia inequívocamente expresa ni implícita a la inmunidad. Lord Goff destacó, entre otras cosas, que: «[M]e parece claro que, tanto de acuerdo con el derecho internacional como con el derecho de este país que, en este tema, refleja el derecho internacional, el levantamiento por un Estado de su inmunidad por medio de un tratado […] debe siempre ser expreso. En efecto, si así no fuera, podría bien producirse un caos internacional en los tribunales puesto que los diferentes Estados partes en un tratado llegarían a distintas conclusiones en cuanto a la cuestión de si se debe inferir un levantamiento de la inmunidad»[94]. Conclusión que, en lo esencial, ambos lores hablan de que la renuncia a la inmunidad, por lo menos en la forma de acuerdo internacional, debe ser inequívocamente expresa[95].

---

de la intención real del Estado de renunciar a su inmunidad. Y como la inmunidad protege, en primer lugar, al Estado (al tiempo que el agente diplomático solo goza de ella), a los efectos de la renuncia a la inmunidad, no hay razones para establecer diferencias entre la jurisdicción penal y la civil. Véase *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques (Vienne 2 mars - 14 avril 1961)* (A.CONF.20/14), vol. I, 29.ª sesión págs. 185 y ss.

[88] Por otra parte, es evidente que todas estas convenciones admiten la renuncia implícita a la inmunidad respecto de la jurisdicción civil. En particular, disposiciones análogas de todos los artículos mencionados indican que el inicio de un proceso judicial por una persona que goza de inmunidad le priva de su derecho a ampararse en la inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier reconvención relacionada directamente con la demanda principal. Véase la nota 109 *infra*.

[89] Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 251.

[90] En los comentarios relativos a los proyectos de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la Comisión expone, entre otras cosas, su enfoque de las disposiciones formuladas en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. («8) […] [P]arece posible distinguir varios métodos de manifestar o expresar el consentimiento. [...] [E]l consentimiento no debe presumirse ni sobreentenderse fácilmente. Cualquier alusión que se haga en la presente parte a una teoría del "consentimiento tácito", como posible excepción a los principios generales de las inmunidades de los Estados, debe considerarse no como una excepción en sí misma, sino más bien como una explicación o justificación adicional de una excepción por lo demás válida y generalmente reconocida. No cabe, por consiguiente, sobreentender el consentimiento de un Estado que no lo haya manifestado de manera clara y determinable, incluidos los modos previstos en el artículo 8. [...] 9) Una prueba sencilla e indiscutible del consentimiento es que el Estado manifieste su consentimiento en un contrato escrito [...] o por escrito especialmente en un proceso determinado ante la autoridad después de que haya surgido una controversia. [...] 10) […] [S]i el consentimiento se manifiesta en una disposición de un acuerdo internacional celebrado por Estados, no hay duda de que es obligatorio para el Estado que da el consentimiento y los Estados partes facultados para acogerse a las disposiciones del tratado pueden alegar la manifestación de ese consentimiento. El derecho de los tratados confirma la validez de la manifestación del consentimiento en someterse a la jurisdicción, así como la aplicabilidad de las demás disposiciones del tratado» (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 28 y 29, párrs. 8, 9 y 10 del comentario al artículo 7, párr. 1). La tercera forma prevista en la Convención, el contrato por escrito, no tiene evidentemente relación alguna con la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal.

[91] Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 258 a 264.

[92] Ibíd., párr. 258.

[93] Véase *Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), pág. 643.

[94] Ibíd., pág. 604.

[95] Al analizar la cuestión de la expresión de la renuncia implícita de la inmunidad del Estado conforme a la Ley de inmunidades soberanas extranjeras (FSIA), el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en la causa *Doe and ors v Israel and ors*, providencia sobre moción, 400 F Supp 2d 86, 95-96 (DDC 2005); ILDC 318 (US 2005) observa lo siguiente: «Una renuncia implícita bajo esta disposición requiere que el soberano extranjero "haya indicado a un cierto punto su disposición para demandar", y que subjetivamente haya tenido la intención de hacerlo».

44. En esa doctrina existe el punto de vista de que algunos convenios internacionales que no contienen disposiciones sobre la renuncia a la inmunidad son, no obstante, incompatibles con la inmunidad. Entre esos convenios figuran los tratados sobre derechos humanos y los tratados que tipifican como delitos determinadas acciones y que establecen la jurisdicción penal universal en relación con esas acciones[96]. En consecuencia, el Estado que consiente en obligarse por ese tratado, renuncia por lo mismo implícitamente a la inmunidad de sus funcionarios que violen los derechos humanos amparados por ese tratado o que realicen acciones tipificadas como delitos en ese tratado[97]. En el informe preliminar y en el segundo informe se hace referencia a las diferencias entre la jurisdicción, por una parte, y la inmunidad, por la otra, así como entre las normas materiales y, en algunos casos, las normas imperativas de derechos humanos y las normas que prohíben y tipifican como delitos determinadas acciones, por una parte y, por la otra, tienen inmunidad de carácter procesal[98]. En el segundo informe se llega a la conclusión de que ni la jurisdicción universal ni estas normas anulan la inmunidad[99]. Estas consideraciones son acertadas incluso en este caso. Por las mismas razones, el consentimiento del Estado a obligarse por este tipo de acuerdo internacional no implica consentimiento del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera respecto de sus funcionarios, es decir la renuncia de su inmunidad. Además, para interpretar el tratado internacional de manera que se llegue a la conclusión de que en él está implícita la renuncia a la inmunidad de los funcionarios de un Estado que sea parte en ese tratado, hacen falta pruebas de que esa precisamente era la intención o la voluntad de ese Estado. Entretanto, como se subraya en la publicación de Verhoeven en relación con los tratados sobre delitos previstos en el derecho internacional, «[n]ada parece descubrir una voluntad —implícita, pero cierta— de sus firmantes de derogar la inmunidad»[100].

45. En su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* la CIJ se pronunció con toda claridad sobre si la firma por los Estados de un acuerdo internacional en que se tipificaran como delito determinadas acciones y se obligara a los Estados a ejercer su jurisdicción penal en relación con esos delitos significaba la renuncia de estos Estados a la inmunidad de sus funcionarios. La Corte observó, entre otras cosas, que

> [l]a competencia no implica la ausencia de inmunidad, y la ausencia de inmunidad no implica la competencia. De esta manera, si diversas convenciones internacionales para la prevención y la represión de ciertos crímenes graves han puesto a cargo de los Estados las obligaciones de extraditar o juzgar, y no incluyeron la obligación de ampliar su competencia jurisdiccional, esta extensión de competencia no afecta a las inmunidades resultantes del derecho internacional consuetudinario, y especialmente a las inmunidades de los ministros de relaciones exteriores. Estas siguen siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso si esos tribunales son competentes en base a esas convenciones [101].

Está claro que esa declaración se refiere también totalmente a los tratados de derechos humanos y la renuncia a la inmunidad.

46. En general, en el memorando de la Secretaría se hace referencia a «la renuencia general a aceptar una renuncia tácita fundada en la aceptación de un acuerdo»[102].

47. En la resolución del Instituto de Derecho Internacional, en lugar de optar entre la renuncia expresa o implícita a la inmunidad, se hace hincapié en la renuncia clara e inequívoca de la inmunidad. En su artículo 7, en relación con la renuncia de la inmunidad del jefe de Estado, se dispone que «[e]se levantamiento [de la inmunidad]

---

[96] Según la describe O'Keefe, la doctrina de la renuncia implícita a la inmunidad «propone que cuando los Estados pasan a ser partes en un acuerdo internacional que crea o reconoce un crimen internacional e impone la obligación de castigarlo, esto es lógicamente incompatible con el apoyo de la inmunidad cuando el acusado es un funcionario oficial del Estado. Por tanto, se infiere necesariamente que esos Estados optaron por levantar de antemano cualquier inmunidad estatal que presuntamente se vincule con la conducta impugnada, lo que en consecuencia es incongruente con el acuerdo. En resumen, el acto de establecer una jurisdicción penal universal y obligatoria con respecto a la potencial conducta de los funcionarios constituye un consentimiento anticipado al ejercicio de la jurisdicción de tribunales nacionales, sin tomar en cuenta la doctrina de la inmunidad del Estado» («The European Convention on State Immunity and International Crimes», pág. 513). El autor demuestra esta teoría mediante la interpretación del apartado *a* del artículo 2 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, al observar, en particular, que «tiene, al menos, el potencial para sostener un argumento basado en una renuncia implícita por un acuerdo internacional incongruente» (ibíd., pág. 517). Por otra parte, para determinar la renuncia implícita, a su juicio, se debe inferir inequívocamente del tratado la intención de sus partes de convenir en el ejercicio de la jurisdicción penal en relación con acciones tipificadas como delito por los tribunales extranjeros. El autor considera que la existencia de compromisos de ejercer la jurisdicción (incluso en la forma del principio *aut dedere aut judicare*) dará fe de esa intención. Koivu, por su parte, señala que para establecer la renuncia implícita, el tratado internacional deberá «expresamente estar en conflicto con las disposiciones aplicables sobre inmunidad» («Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law», pág. 318).

[97] Mientras que el consentimiento a obligarse por ese tratado se considera en la mayoría de los casos no como renuncia a la inmunidad, sino simplemente como exclusión de la inmunidad o como situación de no inmunidad, en la que es posible renunciar a la inmunidad. Véase, por ejemplo, Bradley y Goldsmith, «Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation». Esta cuestión se examina en detalle en *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 63 y ss.

[98] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), págs. 181 a 183, párrs. 64 a 70, y *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 64 a 77.

[99] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 64 y 77.

[100] *Op. cit.*, pág. 123, y se agrega que «esas convenciones (genocidio, tortura, etc.) no incluyen ninguna disposición que la excluya explícitamente y […] nada indica, ni en los trabajos preparatorios ni en otra parte, que esta fue la voluntad implícita de los Estados que las negociaron y que se convirtieron en partes» (ibíd., pág. 125).

[101] *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 24 y 25, párr. 59. En relación con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Yang señala que «la Convención contra la Tortura nada dice acerca de la inmunidad del Estado. La razón de este silencio podría ser tema de conjeturas pero lo único claro es que, en ausencia de una disposición específica que trate sobre la inmunidad del Estado, la interpretación y aplicación de la Convención contra la Tortura debe realizarse de acuerdo con las reglas del derecho internacional sobre la materia. La existencia de jurisdicción universal no implica necesariamente una pérdida de la inmunidad, como fue afirmado en términos inequívocos por la CIJ» («*Jus Cogens* and State Immunity», págs. 144 y 145). El Tribunal de Casación de Bélgica, al examinar la cuestión de la inmunidad de A. Sharon en relación con las acusaciones de haber cometido crímenes de guerra, señala lo siguiente que «[l]os Convenios de Ginebra [para la protección de las víctimas de la guerra] de 12 de agosto de 1949, así como los Protocolos adicionales I y II no contienen ninguna disposición que podría impedir al demandado invocar la inmunidad jurisdiccional ante los tribunales belgas» (ILM (nota 43 *supra*), pág. 600).

[102] Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 259.

puede ser explícito o implícito, en la medida en que sea cierto»[103]. Como señaló al respecto en su intervención Verhoeven, «[l]o importante, por otra parte, se encuentra ahí: que la voluntad [del Estado] sea cierta»[104]. Como ejemplo de esta voluntad manifiesta e inequívoca del Estado que, por no haberse expresado inequívocamente puede considerarse renuncia implícita a la inmunidad, el Relator se refiere a una situación, en la que el gobierno inicia un proceso contra el ex jefe de Estado[105].

48. Sin embargo, ¿cuándo se hace esto evidente? Por ejemplo, cuando un Estado inicia un proceso contra su ex jefe de Estado (u otro funcionario) y ese Estado puede exigir incluso su extradición a otro Estado[106]. Dicha petición significa claramente la renuncia a la inmunidad de esa persona respecto de acciones procesales emprendidas por otro Estado para su extradición. Sin embargo, en este caso, el Estado puede seguir insistiendo en la inmunidad de su ex jefe de Estado contra las acciones que el otro Estado pueda emprender con el fin de iniciar sus propias actuaciones judiciales contra el funcionario o de lograr su extradición a un tercer Estado[107]. Aunque, en general, al parecer, el deseo del Estado de exigir responsabilidad a su exfuncionario no significa en modo alguno que ese Estado haya dejado de considerar que las acciones de que se trata fueron cometidas a título oficial, ni es sinónimo de consentimiento del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera contra ese funcionario, es decir con la renuncia a la inmunidad. Más bien, es lo contrario: el Estado no desea que su exfuncionario sea juzgado en otro Estado, sino que quiere aplicar su propia justicia[108].

49. Es posible concebir una situación en la que el Estado pida a otro Estado que aplique determinadas medidas de procesamiento penal contra uno de sus antiguos altos funcionarios, es decir, el jefe de Estado o de gobierno o el ministro de relaciones exteriores. Esto supone, como es evidente, la renuncia a la inmunidad de ese funcionario respecto de la aplicación de dichas medidas. Pero esta situación, como es de suponer, tiene un carácter hipotético.

50. Las convenciones sobre relaciones diplomáticas, sobre relaciones consulares, sobre misiones especiales, sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal y sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes contienen disposiciones de esta índole, según las cuales la instrucción de cargos contra un sujeto que goza de inmunidad lo priva del derecho a acogerse a la inmunidad de jurisdicción en relación con cualquier reconvención relacionada directamente con la demanda principal[109]. Es obvio que se trata en este caso de la jurisdicción civil. Sin embargo, para la legislación procesal penal de muchos países son habituales determinadas formas de participación por propia iniciativa de las víctimas en un proceso penal. ¿Cabe considerarse como renuncia a la inmunidad de las medidas de procedimiento penal aplicadas contra el funcionario si este resulta ser la víctima en un caso penal, incluso respecto de las medidas aplicadas en relación con las respuestas de la persona contra la cual se ha interpuesto la causa?

51. Al parecer, por regla general, difícilmente procedería establecer una analogía con la situación de la inmunidad respecto de la jurisdicción civil en el caso de que fuera la víctima la que iniciara el proceso penal o participara en él. En los casos en que el proceso penal se inicia de oficio, las autoridades del Estado de que se trate aplicarán las medidas procesales pertinentes independientemente de que participe o no la víctima. En este contexto es importante que el funcionario sea solo beneficiario de la inmunidad que corresponde al Estado para el que presta servicios. Y cabría pensar que no puede considerarse que ese Estado cuyos intereses queden protegidos por la inmunidad haya renunciado a esta en razón de las acciones de su funcionario[110].

52. Por otra parte, se han dado casos en que el funcionario actúa en el proceso judicial en la fase de enjuiciamiento como único acusador sin que participe en modo alguno la fiscalía pública, valiéndose para ello de todos los derechos procesales de la fiscalía. En este caso cabe preguntarse si esto no trae consigo la renuncia a la

[103] «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», pág. 689.

[104] Ibíd., pág. 534.

[105] Ibíd.

[106] Por ejemplo, al cabo de algunos años, el Perú logró la extradición de A. Fujimori, primero del Japón (sin resultado debido a que Fujimori tenía la ciudadanía japonesa), y posteriormente de Chile. A. Fujimori fue detenido en Chile a petición de las autoridades del Perú inmediatamente después de su llegada, y al poco tiempo, en 2007, fue extraditado al Perú para que se le instruyera un proceso penal. Por lo que se sabe de la descripción del caso, en ningún momento se planteó la cuestión de la inmunidad de A. Fujimori en relación con su detención ni en el proceso de examen de la solicitud de extradición. Véase, por ejemplo, Haas, «Fujimori Extraditable!: Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations».

[107] En el caso *Lafontant v. Aristide*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos rechazó el argumento de que la orden de detención librada en Haití contra J.-B. Aristide puede considerarse una renuncia de la inmunidad de un jefe de Estado. Además, en una carta del Embajador de Haití en los Estados Unidos se declaraba que no se renunciaba a la inmunidad de J.-B. Aristide. Por otra parte, en este caso para el tribunal fue decisiva la declaración de inmunidad de J.-B. Aristide, presentada al Departamento de Estado de los Estados Unidos, de lo cual se deduce que los Estados Unidos no habían reconocido al Gobierno de Haití, en momentos en que J.-B. Aristide, que se encontraba en el exilio, seguía gozando del reconocimiento de los Estados Unidos como único jefe de Estado legítimo del país (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, 27 de enero de 1994, ILR, vol. 103, pág. 581).

[108] El inicio por un Estado de un proceso penal contra un ex jefe de Estado va acompañada del acuerdo de ese Estado de ejercer la jurisdicción sobre ese funcionario en representación de otro Estado (véase, por ejemplo, el caso del ex-Presidente de Bolivia Gonzalo Sánchez de Lozada (su entrega en Bolivia acusado de haber cometido delitos penales estuvo acompañada de una declaración del Gobierno de ese país sobre la renuncia a todo tipo de inmunidad de que gozase en relación con la demanda civil interpuesta contra él en los Estados Unidos, que fue examinada posteriormente (*Mamani, et al. v. José Carlos Sánchez Berzain and Gonzalo Daniel Sánchez de Lozada Sánchez Bustamante*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, División Miami, 9 de noviembre de 2009. Pero esto solo confirma que no hay por qué equiparar la intención misma de someter a juicio con la renuncia implícita a la inmunidad.

[109] Véanse el párrafo 3 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el párrafo 3 del artículo 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el párrafo 3 del artículo 41 de la Convención sobre Misiones Especiales, el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

[110] Si bien, una vez más, en este caso hipotético no está totalmente clara la situación en que el jefe de Estado o de gobierno o el ministro de relaciones exteriores incoa el proceso penal.

inmunidad en relación con las reconvenciones relacionadas con el presunto delito. Semejante situación puede surgir en casos de la denominada querella particular, prevista en la legislación de algunos Estados en relación con un número limitado de delitos (que, por regla general, no tienen consecuencias graves, como lesiones leves, entre otros)[111]. En los casos de querella privada no interviene el fiscal público, ya que la parte agraviada[112] ejerce todos los derechos del fiscal, es decir de hecho la parte agraviada debate directamente con el acusado, y el tribunal actúa como árbitro en esa controversia. Por esa razón, en este tipo de proceso se admite la contrarreconvención[113]. Dicho de otro modo, puede ser lo más parecido por sus características procesales al derecho civil. Es evidente que el grado de parecido[114], a juzgar por los matices de la legislación de procedimiento penal del Estado que ejerce la jurisdicción, también deberá ser determinante en situaciones de renuncia a la inmunidad en caso de «querella privada».

53. En el ya mencionado caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la CIJ, al examinar el tema de las acciones de Francia en relación con el Fiscal de la República y el Jefe de los Servicios de Seguridad Nacional de Djibouti, consideró que Francia no había violado la inmunidad funcional de que podían gozar esos funcionarios, porque Djibouti no la había invocado. Por otra parte, la Corte no mencionó que, al no invocar la inmunidad, Djibouti había renunciado a ella. Tampoco parece procedente preguntarse si cabe considerar la no invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario como renuncia implícita a esta[115].

54. Anteriormente se señaló que competía al Estado que ejercía la jurisdicción penal invocar la inmunidad, cuando se trataba de la troika, y al Estado del funcionario, cuando se trataba de un funcionario que gozaba de inmunidad funcional o de uno que no pertenecía a la troika, pero que gozaba de inmunidad personal[116]. Sobre esta base, la no invocación de la inmunidad por el Estado del funcionario, cuando se trata del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera en relación con el jefe de ese Estado, o el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, no significa que consienta en que se ejerza la jurisdicción penal extranjera contra ese funcionario y, por consiguiente, que renuncie a la inmunidad. Con la misma lógica, cuando se trata del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera contra un funcionario que goza de inmunidad funcional o un funcionario que goza de inmunidad personal, pero no pertenece a la troika, cabe suponer que si el Estado del funcionario no invoca la inmunidad del funcionario esto se puede interpretar como su consentimiento a que se ejerza la jurisdicción y, en consecuencia, su renuncia a la inmunidad[117]. Además, nada impide que el propio Estado que ejerce la jurisdicción se niegue a ejercerla sobre un funcionario en funciones o un exfuncionario de otro Estado, al reconocerle la inmunidad.

55. De manera que cabría formular una conclusión general del siguiente tenor acerca de la forma de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de un Estado. En el caso de un jefe de Estado o de gobierno y un ministro de relaciones exteriores en funciones, la renuncia a la inmunidad deberá expresarse con claridad. Posiblemente la excepción sea el caso hipotético en que el Estado de ese funcionario pide al otro Estado que aplique determinadas medidas de procedimiento penal contra ese funcionario. Dicha solicitud entraña sin lugar a dudas la renuncia a la inmunidad en lo que respecta a esas medidas, por lo que, en ese caso se trata de una renuncia implícita. En el caso de funcionarios en ejercicio que no pertenecen a la troika, pero que gozan de inmunidad personal, y en el caso de otros funcionarios en ejercicio que gozan de inmunidad funcional, así como de todos los exfuncionarios que también gozan de inmunidad funcional, la renuncia a la inmunidad puede ser tanto claramente expresa como implícita. En este caso la renuncia implícita puede expresarse, en particular mediante la no invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario.

---

[111] Véanse por ejemplo los artículos 43 y 318 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia; los artículos 374 a 394 del Código de Procedimiento Penal de Alemania; el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal de Ucrania; o el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal de Austria. Existen normas según las cuales se pueden interponer causas penales en relación con determinados tipos de delitos solamente por la vía de una querella privada, a la que no tiene derecho el fiscal, es decir, el Estado que ejerce la jurisdicción carece, en lo esencial, de interés en dar curso al procedimiento penal: véase el párrafo 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Penal de Rusia (se trata en este caso de lesiones físicas leves, actos de violencia sin consecuencias graves, calumnia, injurias).

[112] Véase, por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal de Austria y el párrafo 2 del artículo 43 del Código de Procedimiento Penal de Rusia.

[113] Véase el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal de Alemania.

[114] En algunos Estados, la querella privada puede adoptar distintas formas, entre ellas, la mixta. Por ejemplo, en Alemania existe la «acusación privada conjunta» (artículos 395 a 402 del Código de Procedimiento Penal de Alemania), cuando el fiscal desempeña en el proceso una función sustancial, y la querella particular asume una función de apoyo.

[115] Véanse también Buzzini, *loc. cit.*, pág. 474.

[116] Véanse los párrafos 18 a 24 *supra*.

[117] Sin embargo, el Relator Especial no tiene conocimiento de fallos judiciales, práctica ni opiniones de los Estados o doctrinas que reafirmen o nieguen, en forma clara, semejante planteamiento de la cuestión. Sobre la relación entre la no invocación de la inmunidad y el ejercicio de la jurisdicción extranjera de un Estado contra un funcionario que, en principio, podría valerse de esa inmunidad, tratan algunos párrafos de las declaraciones antes citadas del Departamento de Estado de los Estados Unidos en la causa *Samantar* (véase la nota 27 *supra*). Existen no pocos ejemplos de fallos judiciales, en los que se ha desestimado la inmunidad de la persona ya sea porque simplemente no se ha tenido en cuenta o porque además el Estado del (ex) funcionario no la ha invocado. Entre ellos figura el fallo en la causa *Xuncax* et al. *v. Gramajo*, Tribunal de Distrito de de los Estados Unidos, Massachusetts, 1995 (886 F.Supp. 162), y en un caso análogo en España, *Genocidio en Guatemala*, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 25 de febrero de 2003, ILM, vol. 42, pág. 712; el fallo del Tribunal de Casación de Bélgica en el caso *H.S.A. v. S.A.* et al. (nota 43 *supra*). No se invocó la inmunidad del Gobierno de los Estados Unidos ante un tribunal de Italia en el marco del proceso penal en que se acusó a funcionarios de los servicios especiales de los Estados Unidos de secuestrar en territorio de Italia a un sospechoso de cometer actos terroristas, Nasr Osama Mustafa Hassan, conocido como Abu Omar (véase el fallo de la Sala cuarta del Tribunal Ordinario de Milán de 4 de noviembre de 2009, caso *Adler* et al., donde se condenó *in absentia* a 23 exagentes de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos, entre ellos algunos funcionarios del consulado de los Estados Unidos, ILDC 1492 (IT2010)). La no invocación en este caso de la inmunidad consular fue también motivo para que se entregase a uno de los empleados del servicio consular una demanda contra el Gobierno de los Estados Unidos de que se invocara esa inmunidad (véase *Sabrina De Sousa v. Department of State* et al., caso 09-cv-896 (RMU)). Sin embargo, no se puede afirmar a ciencia cierta que precisamente el no haber invocado la inmunidad del Estado del funcionario fuese en estos casos la causa de que no se reconociera la inmunidad.

D. ¿Puede el Estado del funcionario invocar la inmunidad después de renunciar a ella?[118]

56. Todo parece indicar que, en caso de una renuncia claramente expresa a la inmunidad, es decir después de que el Estado expresa su consentimiento a que otro Estado ejerza su jurisdicción penal contra su funcionario, es jurídicamente imposible invocar la inmunidad. Esto contravendría, en particular, el principio de integridad[119]. Por otra parte, la renuncia claramente expresa a la inmunidad en tales casos puede referirse solo a la inmunidad en relación con determinadas medidas. Por ejemplo, el Estado puede renunciar a la inmunidad de su ministro de relaciones exteriores cuando este presta declaración como testigo. Se entiende que esa renuncia a la inmunidad no puede considerarse renuncia a la inmunidad de la persona, si el Estado que lo cita en calidad de testigo, tiene intenciones de exigirle después responsabilidad penal[120].

57. En párrafos anteriores se señaló que la renuncia implícita a la inmunidad puede producirse cuando no se invoca la inmunidad de personas que no pertenecen a la troika (se sobreentiende, como es natural, que el Estado del funcionario tiene conocimiento de que se está ejerciendo la jurisdicción penal extranjera sobre ese funcionario, pero no ha invocado la inmunidad)[121]. El Relator Especial no está convencido de que tras esa renuncia implícita a la inmunidad no se la pueda invocar en una etapa más avanzada del proceso penal[122]. Por una parte, como se señala *supra*[123], la cuestión de la inmunidad se deberá tener en cuenta en una etapa inicial del proceso. Por otra, ¿sería correcto invocar la inmunidad, por ejemplo, en una situación en la que el Estado del funcionario no haya invocado la inmunidad del funcionario en la etapa previa al inicio de las actuaciones judiciales, y por esa razón podría considerarse que ha renunciado a la inmunidad en relación con las medidas adoptadas en esa etapa, y decidiese invocar la inmunidad, cuando la causa se pone en manos del tribunal? Todo parece indicar que, en tales circunstancias, sigue siendo posible invocar la inmunidad. Sin embargo, las actuaciones judiciales que ya ha llevado a cabo el Estado que ejerce la jurisdicción en relación con dicho funcionario hasta el momento en que se invoca la inmunidad, no pueden considerarse improcedentes, por cuanto, como se señaló en otros párrafos, en este caso, el Estado que ejerce la jurisdicción penal no está en la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad *proprio motu*, y el momento de invocar la inmunidad del funcionario compete a su Estado[124]. Por otra parte, hay dudas acerca de la aplicabilidad de este enfoque cuando no se ha invocado la inmunidad ante el tribunal de primera instancia, pero el Estado del funcionario decide invocarla cuando tiene lugar el proceso de apelación[125].

[118] Esto es continuación del examen iniciado en otra parte (párrafos 11 a 13 *supra*) de la cuestión del momento de invocar la inmunidad.

[119] En el comentario de la Comisión sobre el artículo 30 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas se señala en particular: «Huelga decir que el proceso, en cualquier instancia en que se encuentre, se considera como un todo y que la excepción de inmunidad no se ha de poder invocar en la apelación si se ha renunciado a ella, expresa o tácitamente, en la primera instancia» (*Anuario… 1958*, vol. II, pág. 107, párr. 5 del comentario). Véanse también, por ejemplo, el comentario sobre el artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares: «[U]na vez concedida válidamente la renuncia a la inmunidad el funcionario consular no puede invocar la inmunidad en una etapa ulterior del procedimiento (por ejemplo, en apelación)» (*Anuario… 1961*, vol. II, pág. 119, párr. 5 del comentario).

[120] En el memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 269, se subraya, en particular, que: «En lo tocante a los efectos jurídicos de la renuncia a la inmunidad —inclusive la posible inmunidad residual no comprendida en la renuncia— en el caso de renuncia expresa esta cuestión debería aclararse recurriendo a los términos expresos de la renuncia misma».

[121] Párrafo 54 *supra*.

[122] Se trata, desde luego, de una situación en la que el Estado del funcionario tiene conocimiento de que otro Estado ha ejercido (o tiene intenciones de ejercer) su jurisdicción penal sobre su funcionario y durante algún tiempo no invoca la inmunidad. Como señala, Buzzini, «no resulta bien claro hasta cuándo puede invocarse la inmunidad en el procedimiento» (*loc. cit.*, pág. 474).

[123] Párrafos 11 a 13 *supra*.

[124] Véase el párrafo 17 *supra*.

[125] Véase la opinión de la Comisión, que figura en los comentarios en relación con el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, que figura en la nota 119 *supra*.

Capítulo II

Inmunidad del funcionario y responsabilidad del Estado del funcionario

58. La renuncia por el Estado del funcionario a la inmunidad de que este goza abre el camino para que se ejerza plenamente sobre el funcionario la jurisdicción penal extranjera. Esto tiene que ver, entre otras cosas, con la jurisdicción respecto de acciones realizadas por el funcionario a título oficial (incluso es posible que la renuncia a la inmunidad *ratione materiae* no vaya acompañada de una declaración en el sentido de que las presuntas infracciones de la ley fueron cometidas a título personal). Como se señaló en el informe preliminar, atribuir al Estado las acciones realizadas por el funcionario a título oficial no significa que se dejen de imputar esas acciones al funcionario[126]. Solamente el hecho de que esa persona goza de inmunidad impide que el otro Estado inicie un procedimiento penal contra el funcionario. La renuncia a la

[126] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), pág. 187, párr. 89. Sin embargo, en la doctrina se expresan puntos de vista contradictorios. Véase, por ejemplo, la descripción que hacen Akande y Shah («Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts», págs. 826 y 827) de esta posición:

> «Este tipo de inmunidad constituye (o, tal vez, más apropiadamente, da efecto a) una defensa sustantiva en la que se indica que un funcionario individual no puede tenerse por responsable de actos que, en efecto, son actos del Estado. Esos actos son imputables solamente al Estado y la inmunidad *ratione materiae* es un mecanismo para atribuir la responsabilidad al Estado. Este razonamiento fue expresado por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Blaškić*:
>
> "Los funcionarios [del Estado] son meros instrumentos de un Estado y su acción oficial solo puede ser atribuida al Estado. No pueden ser objeto de sanciones ni penalidades por una conducta que no es privada sino que tuvo lugar en nombre del Estado. En otras palabras, los funcionarios del Estado no pueden sufrir las consecuencias

(Continuación en la página siguiente.)

inmunidad elimina este impedimento. Por otra parte, la renuncia a la inmunidad del funcionario respecto de las acciones realizadas por este a título oficial no significa que se elimine el carácter oficial del comportamiento. Por consiguiente, ese comportamiento se le sigue atribuyendo no solo al funcionario, sino también al Estado para el que presta o ha prestado sus servicios. Se trata de una doble atribución. Por esa razón, la renuncia a la inmunidad no solo crea las condiciones para la invocación de la responsabilidad penal del funcionario, sino que no impide que se exija responsabilidad jurídica internacional al Estado del funcionario, si ese acto atenta contra los compromisos internacionales contraídos por ese Estado[127]. De manera que el Estado del funcionario, aunque renuncie a la inmunidad de su funcionario, no está exento de responsabilidad jurídica internacional por los actos realizados por su funcionario a título oficial[128].

59. Si la renuncia a la inmunidad del funcionario en relación con actos llevados a cabo a título oficial no exime al Estado del funcionario de su responsabilidad jurídica internacional, la invocación de la inmunidad del funcionario con referencia a que el delito que se le imputa al funcionario fue cometido a título oficial es motivo para que se exija la responsabilidad jurídica internacional correspondiente. Al analizar en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* la cuestión de la inmunidad funcional (o la falta de inmunidad) de los funcionarios de Djibouti, la CIJ manifestó que «el Estado que solicita a una jurisdicción extranjera no continuar, por razones de inmunidad, un procedimiento judicial incoado contra sus órganos, asume la responsabilidad por todo acto internacionalmente ilícito cometido

(Continuación de la nota 126.)

de los actos ilícitos que no les son atribuibles a ellos personalmente sino al Estado en cuyo nombre actuaron: gozan de la así llamada "inmunidad funcional". Esta es una regla bien establecida de derecho internacional consuetudinario desde los siglos XVIII y XIX y confirmada muchas veces desde entonces.»

[*Prosecutor v. Blaškić* (objeción a la cuestión de la *subpoena duces tecum*) IT-95-14-AR108 (1997), ILR, vol. 110 (1997) 607, en la pág. 707, párr. 38.]

Por otra parte, estos autores también se basan en una práctica distinta: «Sin embargo, en el caso *Rainbow Warrior*, 74 ILR (1986) 241, la afirmación del Gobierno francés de que los oficiales militares no debían ser juzgados en Nueva Zelandia una vez que Francia había aceptado su responsabilidad internacional, fue rechazada por Nueva Zelandia» (ibíd., pág. 826, nota 51). Al respecto, véase también van Alebeek, *op. cit*. Uno de los argumentos planteados por Djibouti durante las audiencias del caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia), en la CIJ fue la posibilidad de que se atribuyera exclusivamente al Estado el comportamiento oficial del funcionario («Lo que la parte —Djibouti— pide a la Corte es que reconozca que un Estado no consideraría que una persona reviste la calidad de órgano de otro Estado como penalmente responsable, a título individual, de actos cumplidos en esa calidad oficial, es decir, en el ejercicio de sus funciones. Esos actos, en efecto, deben considerarse, en derecho internacional, como atribuibles al Estado a cuenta del cual el órgano actúa, y no del individuo-órgano» (audiencia pública de 22 de enero de 2008, CR 2008/3, párr. 23).

En la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2009 se dedica una cláusula «sin perjuicio de» a la cuestión de la correspondencia entre la pérdida de inmunidad del funcionario y la posible atribución del hecho al Estado, además de los comentarios que formularon algunos miembros del Instituto al respecto («Las disposiciones que anteceden se entiende sin perjuicio de: *a*) la responsabilidad bajo el derecho internacional de toda persona a que se hace referencia en los párrafos precedentes; *b*) la atribución del Estado de los actos de esa persona que constituyan crímenes internacionales» («Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agentes en cas de crimes internationaux», art. III 3)).

[127] Keith, magistrado de la CIJ, describe la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del funcionario destacando que «aún si los Estados no pueden cometer crímenes internacionales, podrían […] ser sujetos de las mismas obligaciones que los individuos, sin que las obligaciones sean caracterizadas como criminales; es decir, la obligación puede ser dual, vinculando tanto a los Estados como a los individuos» («The International Court of Justice and Criminal Justice», pág. 896). Y más adelante agrega que «gran parte de la legislación y la práctica muestra que la responsabilidad (penal o civil) del principal (es decir, el empleador, el Estado) y del agente (es decir, el empleado, el funcionario), es a menudo dual» (ibíd., pág. 900). La Corte también se ha referido a la doble responsabilidad de la persona y el Estado en el fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*: «[E]sa dualidad en materia de responsabilidad sigue siendo un rasgo constante del derecho internacional» (*C.I.J. Recueil 2007*, pág. 116, párr. 173). Nollkaemper observa: «La responsabilidad del Estado no depende ni implica la responsabilidad jurídica del individuo» («Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law», pág. 616). Y agrega: «La práctica del Estado no va en el sentido de que en los casos en que la responsabilidad se atribuya a un individuo, no puede haber lugar a la atribución al Estado. […] El enjuiciamiento y condena del individuo responsable del atentado de Lockerbie, considerado como un agente de Libia, no cierra la posibilidad de reclamos subsiguientes por compensación contra Libia por parte del Reino Unido y los Estados Unidos. La atribución de responsabilidad individual a agentes de Yugoslavia por actos cometidos durante el conflicto armado entre 1991 y 1995 en el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y en los tribunales nacionales no excluye los reclamos de Bosnia y Herzegovina, y Croacia ante la Corte. No parece que en ninguno de estos casos, los Estados demandados invocaran el argumento de que esos actos no podrían ser atribuidos al Estado desde el momento en que ya habían sido atribuidos a agentes individualmente. […] [L]a responsabilidad individual no necesariamente significa que la del Estado desaparezca y que el Estado pueda negar su propia responsabilidad argumentando que la responsabilidad fue transmitida a los órganos estatales individuales; la responsabilidad del Estado puede existir junto a la responsabilidad individual (ibíd., págs. 619 a 621). Vale la pena tener presente, no obstante, que la ausencia de inmunidad del funcionario no prejuzga la responsabilidad de la propia persona ni la del Estado (respecto de este último tampoco es significativo el hecho de que el funcionario esté protegido por la inmunidad, véase el párrafo 60 *infra*) («[D]ebe tenerse en cuenta que la negación de la inmunidad jurisdiccional no implica necesariamente que exista responsabilidad como cuestión de derecho sustantivo» (Tomonori, *loc. cit.*, pág. 266)).

[128] En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estados por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76), no hay señalamiento alguno en el sentido de que, la responsabilidad del Estado depende de alguna manera de circunstancias como llevar ante la justicia a una persona que sea culpable directa de haber cometido determinado delito. Por lo demás, los procedimientos nacionales aplicables en relación con esa persona puede ayudar en lo esencial a exigir responsabilidad al Estado. Como dice Van der Wilt («The Issue of Functional Immunity of Former Heads of State», pág. 105): «Se podría asumir que la prueba obtenida en procedimientos penales contra individuos que cometieron delitos podría dar argumentos para la evaluación de la responsabilidad del Estado también, como lo ilustra el reciente fallo de la CIJ» (se refiere a la admisión por la Corte sin más pruebas de las circunstancias del genocidio cometido, establecidas previamente por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Krstic*, en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Véase *C.I.J. Recueil 2007*, pág. 166, párr. 296). Por otra parte, Nollkaemper escribe: «Finalmente, las averiguaciones de responsabilidad individual en relación con el atentado de Lockerbie sirvieron de base para reclamos posteriores de responsabilidad del Estado. Por otra parte, si el Tribunal de Escocia, reunido en los Países Bajos, hubiera concluido que los individuos imputados no estaban ni remotamente relacionados con el atentado, la base factual para el reclamo por la responsabilidad del Estado de Libia no hubiera procedido. Resulta difícil suponer que un tribunal encargado de la determinación de la responsabilidad del Estado hubiera, en un procedimiento ulterior, encontrado pruebas de una implicación individual, que un tribunal encargado de determinar la responsabilidad individual no hubiera identificado» (*loc. cit.*, pág. 628). Además, añade: «Si un tribunal determinara que no existe base factual para la responsabilidad individual, ello no evitaría identificar la responsabilidad del Estado» (ibíd., pág. 630).

por tales órganos»[129]. En el contexto de esta causa, esto significaba que, si Djibouti había informado al tribunal francés (o a otras autoridades pertinentes de Francia) de que los hechos cometidos por sus funcionarios eran acciones (oficiales) del propio Estado y que esas personas estaban actuando a título oficial (en su condición de órganos o algo parecido de Djibouti), y sobre esta base se invocaba la inmunidad de esos funcionarios, Djibouti estaba asumiendo la responsabilidad por esas contravenciones del derecho internacional.

60. Posiblemente sea más exacto hablar de que el Estado que invoca la inmunidad de su funcionario afirmando que el hecho que se le imputa tiene carácter oficial, está reconociendo que el hecho es atribuible al propio Estado, pero que no asume la responsabilidad por ese hecho. No cabe duda de que atribuir ese comportamiento al Estado es un elemento importante y motivo para que se exija responsabilidad jurídica internacional, pero aun así no significa que se admita. Como es sabido, otro elemento necesario para exigir la responsabilidad del Estado es que el hecho que se atribuya al Estado constituya una violación de sus obligaciones jurídicas internacionales[130]. Hay que tener presente en este sentido que, por regla general, el Estado invoca la inmunidad de su funcionario en la etapa del proceso judicial en la que todavía no se ha demostrado ante un tribunal la ilegitimidad del hecho cometido por el funcionario, y que de por sí la invocación de la inmunidad no significa que el Estado esté de acuerdo con que el hecho que le hace invocar la inmunidad constituya una violación del derecho internacional. Por otra parte, reconocer que el hecho que se le imputa al funcionario es un hecho cometido por el propio Estado, es decir atribuir al Estado la comisión del hecho, es, naturalmente, un paso importante para que el Estado llegue a asumir esa responsabilidad. En cualquier caso es motivo para que quienes tengan derecho a ello le exijan responsabilidad jurídica internacional[131]. Cabe señalar que la necesidad de reconocer como oficial la conducta de su funcionario, si el Estado del funcionario desea invocar esa inmunidad, en muchos casos coloca al Estado ante una difícil disyuntiva. Al declarar el carácter oficial de las acciones de su funcionario y la inmunidad de que goza, el Estado actúa para proteger a ese funcionario, aunque crea premisas serias para que se le pueda exigir responsabilidad por los actos cometidos; de manera que al no invocar la inmunidad del funcionario, el Estado abre el camino al procesamiento de ese funcionario en el Estado extranjero y, en consecuencia, hace posible una grave intrusión en sus asuntos internos por parte de ese Estado.

[129] Fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 244, párr. 196.

[130] Véase el artículo 2 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que estipula: «*Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado*: «Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: *a*) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y *b*) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado» (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76).

[131] En el 60.º período de sesiones de la Comisión, durante su intervención, la Sra. Jacobsson preguntó sobre la posible responsabilidad del Estado que invoca la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario, en caso de que no proceda después al enjuiciamiento penal de ese funcionario (*Anuario… 2008*, vol. I, 2985.ª sesión, párr. 6). Todo parece indicar que esa responsabilidad jurídica internacional puede surgir solo cuando, por ejemplo, el Estado deba cumplir las siguientes obligaciones: ya sea que renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario o cuando se invoca esa inmunidad para ejercer su propia jurisdicción penal contra su funcionario. El Relator Especial no tiene conocimiento de que haya pruebas de la existencia de esa obligación en el derecho internacional en general. Si así lo desea, la Comisión podrá, como es natural, examinar la posibilidad de desarrollar el derecho internacional en ese sentido.

Capítulo III

Resumen

61. Al resumir el contenido del presente informe, se pueden plantear, en particular, las siguientes consideraciones:

a) La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debería examinarse en principio en la fase inicial del procedimiento judicial o incluso antes, en la fase de instrucción, cuando el Estado que ejerce la jurisdicción decide adoptar las medidas previstas en el procedimiento penal cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad de que goza el funcionario;

b) El hecho de no examinar la cuestión de la inmunidad *in limine litis* puede considerarse una violación de las obligaciones del Estado del tribunal, que dimanan de las normas sobre la inmunidad. Esto último guarda relación con el examen de la cuestión de la inmunidad respecto del ejercicio de la jurisdicción penal en la etapa anterior al juicio, en el momento en que se va a adoptar una determinación sobre si se adoptan medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad. Sin embargo, esto no se aplica a una situación en la que el Estado del funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* no invoca su inmunidad o la invoca en una etapa posterior del proceso;

c) Desde el punto de vista jurídico es importante, es decir tiene consecuencias jurídicas, si la invocación de la inmunidad o la declaración de la inmunidad es solo una invocación o declaración del Estado del funcionario y no del propio funcionario;

d) Para que el Estado del funcionario pueda declarar la inmunidad de este, deberá tener conocimiento de las medidas de procedimiento penal que se están aplicando o se proyecta aplicar a ese funcionario. Por consiguiente, el Estado que aplique o proyecte aplicar esas medidas, deberá informar al respecto al Estado del funcionario;

e) Cuando se trata del jefe de Estado o de gobierno o del ministro de relaciones exteriores de otro país, el Estado que ejerce la jurisdicción penal deberá preguntarse acerca de la inmunidad de ese funcionario, y decidir las medidas ulteriores que ha de adoptar de conformidad con el derecho internacional. En este caso conviene preguntar

al Estado del funcionario al menos si renuncia a la inmunidad. Por consiguiente, en este caso el Estado del funcionario no determina en qué momento habrá de plantear la cuestión de la inmunidad ante las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción penal;

f) Cuando se trata de un funcionario que goza de inmunidad funcional, el Estado del funcionario determina en qué momento ha de invocar la inmunidad. Si el Estado del funcionario desea protegerlo de un procedimiento penal de otro Estado invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerce la jurisdicción que se trata de un funcionario suyo que goza de inmunidad, y que los hechos que se le imputan fueron llevados a cabo en cumplimiento de sus funciones oficiales. Si no lo hace, el Estado que ejerce la jurisdicción no estará obligado a examinar la cuestión de la inmunidad *proprio motu*, y, por tanto, podrá dar curso al procedimiento penal;

g) Cuando se trata de un funcionario que goza de inmunidad personal, pero que no pertenece a la troika, el Estado del funcionario determina el momento en que ha de invocar la inmunidad. Si el Estado de ese funcionario desea protegerlo de la jurisdicción penal del otro Estado invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerce la jurisdicción, que se trata de un funcionario suyo que goza de inmunidad personal, ya que ocupa un cargo de alto nivel que, además de la participación en las relaciones internacionales, conlleva el desempeño de funciones importantes para garantizar la soberanía del Estado;

h) El Estado del funcionario, independientemente de la categoría de este, no está en la obligación de informar de su inmunidad al tribunal de otro Estado para que este examine la cuestión de la inmunidad. El Estado del funcionario puede invocar la inmunidad del funcionario por la vía diplomática, y de esta manera informar al Estado que ejerce la jurisdicción; esto solo bastará para que el tribunal de ese Estado examine la cuestión de la inmunidad. El hecho de que el Estado no esté en la obligación de dirigirse directamente al tribunal del otro Estado dimana del principio de soberanía y de la igualdad soberana de los Estados;

i) El Estado que invoca la inmunidad de su funcionario no está obligado a justificar esa inmunidad, como se explica además en los apartados *f* y *g supra*. El Estado (incluido su tribunal) que ejerce la jurisdicción, como es evidente, no está obligado a «aceptar ciegamente cualquier» declaración del Estado del funcionario acerca de la inmunidad. Pero el otro Estado tampoco puede pasar por alto esas declaraciones, a menos que las circunstancias del caso exijan claramente otra cosa. La prerrogativa de calificar el comportamiento del funcionario en su carácter oficial o de determinar la importancia de las funciones que desempeña un alto funcionario para garantizar la soberanía del Estado compete al Estado del funcionario y no al Estado que ejerce la jurisdicción;

j) El derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario compete al Estado y no al propio funcionario;

k) Cuando un jefe de Estado o de gobierno o un ministro de relaciones exteriores renuncia a su inmunidad, el Estado que ejerce la jurisdicción penal contra ese funcionario tiene derecho a creer que esa es la voluntad del Estado del funcionario, por lo menos, hasta que reciba de ese Estado información en contrario;

l) La renuncia a la inmunidad de un jefe de Estado o de gobierno y de un ministro de relaciones exteriores en funciones se deberá expresar con claridad. Constituye posiblemente una excepción la situación hipotética en que el Estado de ese funcionario pide a otro Estado que aplique determinadas medidas de procedimiento penal contra ese funcionario. Dicha solicitud presupone, sin lugar a dudas, la renuncia a la inmunidad en lo que se refiere a esas medidas, en cuyo caso es una renuncia tácita;

m) La renuncia a la inmunidad de los funcionarios que no pertenecen a la troika, pero que gozan de inmunidad personal y de los funcionarios que gozan de inmunidad funcional, así como de los altos funcionarios que también gozan de inmunidad funcional puede ser tanto expresa como implícita. La inmunidad quedará implícita en este caso en particular, cuando el Estado del funcionario no invoca la inmunidad;

n) Cabe suponer que, después de renunciar a la inmunidad, es imposible desde el punto de vista jurídico invocarla. Por otra parte, en determinados casos, la renuncia expresa a la inmunidad posiblemente guarde relación solo con la inmunidad respecto de determinadas medidas;

o) En caso de renuncia implícita preliminar a la inmunidad, expresada al invocar la inmunidad funcional del funcionario o la inmunidad personal del alto funcionario que no pertenezca a la troika, es evidente que se puede invocar la inmunidad en una etapa más avanzada del proceso penal (en particular, cuando se pone el caso en manos de un tribunal). Por otra parte, hay dudas acerca de que el Estado que no invoque esa inmunidad ante un tribunal de primera instancia pueda invocarla durante el proceso de apelación. En cualquier caso, no se podrán considerar ilegales las actuaciones judiciales ya iniciadas en tales circunstancias por el Estado que ejerce la jurisdicción contra dicho funcionario en el momento de invocarse la inmunidad;

p) La renuncia del Estado del funcionario a la inmunidad que goza este abre el camino para que se ejerza sobre ese funcionario la plena jurisdicción penal extranjera. Esto guarda relación, entre otras cosas, con la jurisdicción respecto de actos realizados por el funcionario a título oficial;

q) Aunque haya renunciado a la inmunidad de su funcionario, el Estado del funcionario no está exento de responsabilidad jurídica internacional por los actos cometidos por ese funcionario a título oficial;

r) El Estado que invoca la inmunidad de su funcionario basándose en que el hecho que se le imputa al funcionario tiene carácter oficial, reconoce que ese hecho ha sido cometido por el propio Estado. Esto sienta las bases de la responsabilidad jurídica internacional de ese Estado y para que quienes tengan derecho a ello le exijan esa responsabilidad[132].

---

[132] El Relator Especial desea expresar su agradecimiento a la Sra. S. S. Sarenkova y al Sr. M. V. Musijin por la ayuda prestada en la preparación del presente informe.

VACANTES IMPREVISTAS EN LA COMISIÓN (ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)

[Tema 14 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/635 y Add.2

Nota de la Secretaría

[Original: inglés]
[28 de diciembre de 2010 y 1 de abril de 2011]

1. Tras el fallecimiento de la Sra. Paula Escarameia (Portugal) y la dimisión del Sr. Bayo Ojo como miembro de la Comisión el 25 de marzo de 2011, se han producido dos vacantes en la Comisión de Derecho Internacional.

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

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

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

Artículo 2

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

Artículo 8

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

3. El mandato de los miembros que han de ser elegidos por la Comisión expirará a fines de 2011.

CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

[Tema 15 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/641

Documento de trabajo preparado por el Sr. Michael Wood

[Original: inglés]
[30 de marzo de 2011]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento		261
Obras citadas en el presente documento		262
	Párrafos	
Introducción	1-3	262
Capítulo		
I. Nota de la Secretaría y debate celebrado por la Comisión en su 62.º período de sesiones	4-16	262
II. Labor realizada por las Naciones Unidas y otros órganos, incluidas las organizaciones regionales	17-18	265
III. Sugerencias preliminares	19-21	265

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	Fuente
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7312, pág. 241.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8640, pág. 387.
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 las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49* (A/59/49), vol. I, resolución 59/38, anexo.
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	Ibíd., *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49* (A/61/49), vol. I, resolución 61/177, anexo.

Obras citadas en el presente documento

Boisson de Chazournes, Laurence, Cesare Romano y Ruth Mackenzie (eds.)

International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects, Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2002.

Hoffmeister, Frank

«Litigating against the European Union and its member States – Who responds under the ILC's draft articles on international responsibility of international organizations?», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3 (2010), págs. 723 a 747.

Jachec-Neale, Agnieszka

«Fact-finding», en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law.*

Naciones Unidas

Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados, Nueva York, Naciones Unidas, 1992 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.7).

Cérémonie des traités: Vers une participation et une mise en œuvre universelles, Nueva York, Naciones Unidas, 2010.

Watts, Arthur

The International Law Commission 1949-1998, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Introducción

1. De conformidad con una decisión adoptada en su 61.º período de sesiones, en 2009[1], la Comisión, en su 62.º período de sesiones, en 2010, celebró un debate en sesión plenaria sobre «Las cláusulas de solución de controversias», en relación con el tema del programa «Otros asuntos»[2]. El debate[3] tomó como punto de partida una nota de la Secretaría sobre las cláusulas de solución de controversias[4]. Se expresó amplio apoyo a la posibilidad de seguir examinando el asunto en el 63.º período de sesiones de la Comisión, en 2011, y se formularon sugerencias respecto de posibles ámbitos para la labor futura (véase el capítulo II *infra*). La Comisión decidió reanudar el examen de la cuestión en su 63.º período de sesiones a fin de definir cuestiones concretas que pudiera examinar posteriormente.

2. El presente documento de trabajo responde a una sugerencia formulada en el debate mencionado[5], y tiene por objeto ayudar a la Comisión a examinar el asunto en su 63.º período de sesiones, en 2011.

3. En el capítulo I del presente documento se resumen las deliberaciones celebradas por la Comisión en su 62.º período de sesiones, en 2010, y se enumeran las sugerencias concretas formuladas. En el capítulo II se recuerda la labor realizada por las Naciones Unidas y otros órganos, entre ellos las organizaciones regionales. En el capítulo III se formulan sugerencias preliminares sobre el rumbo futuro. En vista del debate plenario que se prevé celebrar en el 63.º período de sesiones, en 2011, de considerarse apropiadas, una o más propuestas podrían remitirse al Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo.

[1] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 238.

[2] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 388.

[3] Participaron en el debate, celebrado el 29 de julio de 2010, 15 miembros de la Comisión (ibíd., vol. I, 3070.ª sesión).

[4] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/623.

[5] Véase la nota 3 *supra*.

Capítulo I

Nota de la Secretaría y debate celebrado por la Comisión en su 62.º período de sesiones

4. El examen por la Comisión de las cuestiones relativas a la solución de controversias puede considerarse parte de su contribución al examen por la Asamblea General del estado de derecho en los planos nacional e internacional[6]. Para el debate que celebró en su 62.º período de sesiones, la Comisión tomó de punto de partida la nota de la Secretaría[7] preparada en respuesta a su solicitud de que se le presentara un documento sobre la historia y la práctica anterior de la Comisión en relación con las cláusulas de solución de controversias. La nota, que fue muy bien acogida, constaba de tres capítulos sustantivos. En el capítulo I se reseñaba el estudio por la Comisión de temas relacionados con la solución de controversias. En primer lugar se describía la labor realizada por la Comisión en los años cincuenta, que había culminado en la aprobación del Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral[8]. Posteriormente, se recordaba que la Comisión había considerado la posibilidad de abordar distintos aspectos de la solución de controversias en ocasión de sus tres exámenes del derecho internacional: en 1949[9], entre 1971 y 1973[10] y en 1996[11]. En cada ocasión, la Comisión había decidido no abordar el tema de la solución de controversias. Como se menciona en la nota de la Secretaría[12], el enfoque de la Comisión en ese momento se describió en 1971 de la siguiente manera:

[6] Resolución 64/116 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2009 sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional. Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 389 a 393.

[7] Nota de la Secretaría (nota 4 *supra*).

[8] Ibíd., párrs. 4 a 8. El texto del Modelo figura en *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 90, párr. 22.

[9] Nota de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 9.

[10] Ibíd., párrs. 10 a 12.

[11] Ibíd., párr. 13.

[12] Ibíd., párr. 11.

> [A]l elaborar textos con normas y principios sustantivos, la Comisión no se ha ocupado en general de determinar el método para aplicarlos, ni del procedimiento que habrá de seguirse para zanjar las divergencias nacidas de la interpretación y aplicación de las disposiciones sustantivas, con una sola excepción. Esa excepción surge cuando se concibe el procedimiento como vinculado inextricablemente con las normas y principios sustantivos, o dimanado lógicamente de ellos o, utilizando las palabras de la Comisión, «como parte integrante» del derecho codificado. Por otra parte, se ha considerado que la cuestión de la solución de controversias y, de hecho, la de la aplicación en su totalidad debe resolverlas la Asamblea General o la conferencia de plenipotenciarios que se ocupe del proyecto[13].

5. En el capítulo II de la nota de la Secretaría se describía la práctica de la Comisión en relación con la inclusión de cláusulas de solución de controversias en sus proyectos. Se examinaban la cláusulas pertinentes de los proyectos de artículos aprobados por la Comisión, como los relativos al derecho del mar, el derecho diplomático, el derecho de los tratados, las personas internacionalmente protegidas y los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[14], y se estudiaban otros proyectos de artículos en los que la inclusión de esas cláusulas, a pesar de haberse debatido a fondo, no se materializó[15]. En ese capítulo se proporcionaba, en relación con cada serie de proyectos de artículos mencionados, una breve descripción de los factores examinados por la Comisión al decidir si incluir o no cláusulas de solución de controversias. La nota concluía con un breve capítulo en el que se proporcionaba información sobre la práctica reciente de la Asamblea General en relación con las cláusulas de solución de controversias insertadas en convenciones que no se habían concertado sobre la base de proyectos de artículos aprobados por la Comisión[16].

6. En el debate celebrado por la Comisión, se hizo notar la importancia cada vez mayor de la solución pacífica de controversias. Junto con la prohibición del uso de la fuerza establecida en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, el principio de la solución pacífica de controversias, consagrado en el Artículo 2, párrafo 3 y el Artículo 33, párrafo 1, constituía el núcleo del régimen establecido en virtud de la Carta para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Constituía un principio consagrado 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[17], y se describía más detalladamente en la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales[18].

7. Se expresó la opinión de que la Comisión cumplía y debería seguir cumpliendo una función en la promoción de la aplicación práctica de uno de los principios básicos de la Carta de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho internacional, como era la solución pacífica de controversias. Se observó que las razones que habían hecho vacilar a la Comisión respecto de abordar cuestiones de solución de controversias tal vez ya no tuvieran vigencia. En los últimos años, los órganos políticos de las Naciones Unidas han destacado la importancia de la solución de controversias, incluso en cortes y tribunales. La Asamblea General, incluso en su práctica reciente[19], el Secretario General[20] y últimamente el Consejo de Seguridad se había expresado con absoluta claridad al respecto. En particular, se recordó una declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de 29 de junio de 2010 en la que se señalaba lo siguiente:

> El Consejo de Seguridad cree firmemente en el arreglo pacífico de las controversias y lo apoya activamente y reitera su llamamiento a los Estados Miembros para que arreglen sus controversias por medios pacíficos como se establece en el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo destaca el papel fundamental que desempeña la Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de las Naciones Unidas, en la solución de controversias entre los Estados y la importancia de su labor y exhorta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de aceptar la jurisdicción de la Corte de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto.
>
> El Consejo de Seguridad exhorta a los Estados a que recurran también a otros mecanismos de solución de controversias, incluidos los tribunales y cortes de ámbito internacional y regional que ofrecen a los Estados la posibilidad de solucionar sus controversias de forma pacífica, y contribuyen a evitar o solucionar los conflictos[21].

8. En relación con la inclusión de cláusulas de solución de controversias en instrumentos internacionales, se sugirió que la medida de alentar a los Estados a aceptar procedimientos de solución de controversias sería muy bien acogida como contribución al estado de derecho a nivel internacional. Como tal vez sea necesario adaptar las condiciones concretas de la disposición relativa a la solución de controversias al contenido sustantivo del instrumento, quizás convendría que los redactores de las disposiciones sustantivas indicaran también qué modalidades consideran apropiadas para la solución de controversias. Aunque a menudo lo apropiado pudiera ser recurrir a la CIJ, en ámbitos especializados tal vez fuera necesario emplear otros métodos.

9. Quedó de manifiesto que la Comisión tenía una valiosa práctica de examinar y a veces incluir cláusulas de solución de controversias en sus proyectos. No obstante, a primera vista, parecía haber abordado la solución de controversias de forma poco sistemática. Por otra parte, tampoco había examinado la cuestión en términos generales.

---

[13] *Anuario… 1971*, vol. II (segunda parte), pág. 35, documento A/CN.4/245, párr. 144 (la excepción mencionada se refiere a la solución de controversias relativas a la nulidad, terminación o suspensión de la aplicación de tratados, incluida en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados).

[14] Nota de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 15 a 44.

[15] Ibíd., párrs. 45 a 66.

[16] Ibíd., párrs. 67 a 69.

[17] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1979, anexo

[18] Resolución 37/10 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 1982, anexo.

[19] Nota de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 67 a 69.

[20] En una carta de 12 de abril de 2010, en la que informaba a los Estados de la ceremonia de 2010 de firma y depósito de instrumentos de ratificación o adhesión relacionados con tratados, el Secretario General alentó a los Estados que aún no lo hubieran hecho a retirar sus reservas a las cláusulas jurisdiccionales de los tratados multilaterales en los que ya fueran partes por las cuales se establecía la remisión a la CIJ de las controversias relativas a la interpretación o aplicación de esos tratados. También se alentaba a los Estados que pasaran a ser parte en esos instrumentos a adherirse a las cláusulas jurisdiccionales incluidas en ellos. El Secretario General estimaba que la ocasión alentaría también a los Estados que aún no lo hubieran hecho a depositar en la ceremonia de 2010 declaraciones de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte de conformidad con el Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto (Naciones Unidas, *Cérémonie des traités: Vers une participation et une mise en oeuvre universelles*).

[21] S/PRST/2010/11.

10. También quedó de manifiesto en la nota de la Secretaría que los Estados, al aprobar un instrumento basado en proyectos preparados por la Comisión, con frecuencia se apartaban de sus recomendaciones sobre la solución de controversias. No obstante, ello no entrañaba que la decisión de la Comisión (de incluir o no una disposición determinada) fuera vana. La recomendación de la Comisión bien puede haber impulsado a los Estados a examinar el asunto y haber señalado el rumbo hacia la solución adoptada.

11. También podría resultar pertinente examinar el tema en relación con los instrumentos existentes. Muchos Estados seguían sin aceptar cláusulas de solución de controversias como las que figuraban en los respectivos protocolos facultativos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares También mantenían reservas respecto de otras cláusulas, que a menudo se permitían expresamente. En los últimos años se ha tendido a no formular ese tipo de reservas o a retirarlas, tendencia que podría alentarse.

12. Se sugirió que, en vista del hincapié que se estaba haciendo en el estado de derecho en las relaciones en los asuntos internacionales, quizás hubiera incluso una presunción a favor de la inclusión de cláusulas eficaces de solución de controversias en los instrumentos internacionales. Cabría observar esa tendencia en la inclusión por la Asamblea General del artículo 27 en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y de disposiciones complejas de solución de controversias en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

13. En casos concretos, la inclusión de una cláusula de solución de controversias tal vez sea una parte fundamental de un acuerdo global sobre una cuestión delicada. Un ejemplo clásico fue la inclusión de ese tipo de disposiciones en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales en relación con el *jus cogens*. También cabría citar la parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

14. Se formularon diversas sugerencias de posibles resultados concretos del estudio de las cuestiones por la Comisión.

15. Un miembro sugirió que entre esos resultados podrían figurar los siguientes:

a) Ya existía un producto útil, a saber, la nota de la Secretaría. Esta podría servir de punto de referencia para el examen por la Comisión, o incluso por los Estados, de la inclusión de cláusulas de solución de controversias en proyectos e instrumentos futuros;

b) El propio debate sobre la cuestión era una forma de reconocer la importancia de incluir o no cláusulas de solución de controversias en los proyectos preparados por la Comisión y en los instrumentos, tanto multilaterales como bilaterales, aprobados por los Estados;

c) La Comisión recordará que, en el párrafo 9 de la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, la Asamblea General había alentado a los Estados a incluir, según correspondiera, en los acuerdos bilaterales y las convenciones multilaterales que concertasen disposiciones eficaces para la solución pacífica de las controversias a que pudiesen dar lugar la interpretación o la aplicación de tales instrumentos;

d) En reconocimiento de la importancia práctica de la solución de controversias, la Comisión podría decidir, al menos en principio, examinar la solución de controversias en una etapa adecuada del examen de cada tema o subtema de su programa;

e) La Comisión debería reconocer la importante labor realizada por otros órganos de las Naciones Unidas en relación con el arreglo pacífico de controversias. Por ejemplo, el *Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados*, de las Naciones Unidas, seguía siendo una valiosa introducción al tema. Tal vez podría alentarse a la Secretaría a encontrar una forma de actualizar el Manual;

f) La Comisión podría invitar a los órganos regionales con los que mantuviera relaciones a presentar información sobre la labor que hubieran realizado en el ámbito de la solución de controversias. Podrían hacerlo con motivo de su visita a la Comisión o por escrito. El Consejo de Europa había informado a la Comisión de dos recomendaciones aprobadas en 2007 por el Comité de Ministros sobre la base de la labor realizada por el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público. La solución de controversias podría ser un interesante tema de cooperación entre la Comisión y los órganos regionales.

16. Entre otras sugerencias formuladas en el debate cabe mencionar:

a) Las investigaciones y la constatación de hechos, en particular los procedimientos y principios para las misiones de constatación[22];

b) La necesidad de que los Estados y las organizaciones internacionales refuercen los procedimientos de solución de controversias, siendo particularmente problemática la posición de las organizaciones internacionales. En el caso de las organizaciones internacionales que no podían recurrir a la CIJ, era preciso aumentar la eficacia del arbitraje[23];

c) La elaboración de uno o más modelos de artículo estándar sobre la solución de controversias, para incluirlos, según correspondiera, en las convenciones que se aprobaran bajo los auspicios de las Naciones Unidas o en otros ámbitos, junto con comentarios sobre los proyectos de artículos. Esas cláusulas serían pertinentes cuando la labor de la Comisión culminara en una convención, pero quizás también cuando el producto abarcara directrices, principios o un estudio. La Comisión debería examinar si

---

[22] Jachec-Neale, «Fact-finding».

[23] Véase, por ejemplo, Boisson de Chazournes, Romano y Mackenzie, *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*. Sobre la participación de la UE en la solución pacífica de controversias, véase Hoffmeister, «Litigating against the European Union and its member States – Who responds under the ILC's draft articles on international responsibility of international organizations?».

un modelo de cláusula sería apropiada para todas las circunstancias; algunos sugirieron que podría haber un solo modelo de cláusula que pudiera adaptarse a diferentes circunstancias pero otros expresaron dudas al respecto;

d) La necesidad de examinar métodos de solución de controversias distintos de los métodos judiciales y arbitrales, como la negociación, la conciliación y la mediación;

e) La elaboración de modelos de normas de conciliación, buenos oficios, mediación, investigación y constatación de los hechos;

f) La posible preparación de modelos de cláusulas para declaraciones con arreglo a la cláusula facultativa (Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), como había hecho el Consejo de Europa;

g) El realce de la importancia de prevenir las controversias y de las disposiciones en materia de cooperación, como el caso del proyecto sobre los acuíferos;

h) La recomendación de que todas las nuevas convenciones contengan cláusulas de solución de controversias y el estudio de la posibilidad de que se enmienden las convenciones existentes para incluir tales disposiciones;

i) El examen de la cuestión de la fragmentación de los procedimientos de solución de controversias;

j) El estudio de por qué los Estados aceptan la solución de controversias en determinados ámbitos (como el comercio) pero no en otros;

k) La aplicación de las decisiones de los órganos de solución de controversias.

Capítulo II

Labor realizada por las Naciones Unidas y otros órganos, incluidas las organizaciones regionales

17. La Comisión tendrá que tener en cuenta la labor ya realizada por las Naciones Unidas, en particular por la Asamblea General, en relación con la solución pacífica de controversias. El presente capítulo tal vez sirva de base para determinar, entre otras cosas, los ámbitos en que la labor de la Comisión podría resultar especialmente provechosa.

18. Entre los ejemplos de esa labor cabe mencionar:

a) El Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral[24];

b) 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;

c) La Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales;

d) Las Normas Modelo de las Naciones Unidas para la conciliación de controversias entre Estados[25].

[24] Véase la nota 8 *supra*; la resolución 1262 (XIII) de la Asamblea General, de 14 de noviembre de 1958; y Watts, *The International Law Commission 1949-1998*, vol. III, págs. 1773 a 1792.

[25] Resolución 50/50 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1995, anexo.

Capítulo III

Sugerencias preliminares

19. Se sugiere que, en el debate que celebre la Comisión en el 63.º período de sesiones, en 2011, los miembros estudien si cabría examinar más a fondo alguna cuestión concreta en el ámbito amplio de la solución de controversias. Podría tratarse de los temas mencionados anteriormente u otros temas sugeridos en el debate. Habría que procurar especificar con la mayor precisión posible el alcance y el propósito de toda cuestión que se plantee.

20. Cabe mencionar, entre otros temas posibles:

a) Cláusulas modelo de solución de controversias para su posible inclusión en los proyectos que prepare la Comisión;

b) El mejoramiento de los procedimientos de solución de controversias relacionadas con organizaciones internacionales;

c) Más ampliamente, la realización de un estudio por la Comisión del acceso de diversos actores (Estados, organizaciones internacionales, particulares, o empresas, entre otros) a distintos mecanismos de solución de controversias y su comparecencia ante estos;

d) Los conflictos de competencia entre las cortes y los tribunales internacionales. El tema podría abarcar cuestiones como la búsqueda del foro más favorable y la fragmentación de los procedimientos del derecho internacional;

e) Las declaraciones con arreglo a la cláusula facultativa, incluida la elaboración de cláusulas modelo para incluirlas en ella.

21. En vista de las deliberaciones, uno o más miembros tal vez deseen proponer uno o más programas de estudio, quizás durante el 63.º período de sesiones, al Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo. La cuestión de nombrar a un Relator Especial, sugerida durante el debate[26], podría esperar hasta una etapa futura.

[26] Véase la nota 3 *supra*.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 63.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/634	Programa provisional del 63.º período de sesiones	Mimeografiado. El programa definitivo figura en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/635 y Add.1 a 3	Vacantes imprevistas en la Comisión. Nota de la Secretaría	A/CN.4/635 y Add.2, reproducidos en el presente volumen. A/CN.4/635/Add.1 y 3, mimeografiados.
A/CN.4/636 y Add.1 y 2	Responsabilidad de las organizaciones internacionales. Comentarios y observaciones de los gobiernos	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/637 y Add.1	Responsabilidad de las organizaciones internacionales. Comentarios y observaciones de organizaciones internacionales	Ídem.
A/CN.4/638	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo quinto período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/639 y Add.1	Reservas a los tratados. Comentarios y observaciones de los gobiernos	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/640	Octavo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/641	Cláusulas de solución de controversias. Documento de trabajo preparado por el Sr. Michael Wood	Ídem.
A/CN.4/642	Séptimo informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/643 [y Corr.1]	Cuarto informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/644	Efectos de los conflictos armados en los tratados. Nota sobre la recomendación que deberá presentarse a la Asamblea General respecto del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/645	Ídem. Nota relativa al proyecto de artículo 5 y al anexo del proyecto de artículos, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/646	Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/647 y Add.1	Decimoséptimo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/648	Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/L.777	Efectos de los conflictos armados en los tratados. Título y texto de los artículos del proyecto sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura	Mimeografiado.
A/CN.4/L.778	Responsabilidad de las organizaciones internacionales. Texto y título de los proyectos de artículo 1 a 67 aprobados en segunda lectura por el Comité de Redacción en 2011	Ídem.
A/CN.4/L.779	Las reservas a los tratados. Texto y título de los proyectos de directriz que integran la Guía de la Práctica, elaborados por el Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados los días 26 a 29 de abril y 4, 5, 6, 10, 11, 12, 17 y 18 de mayo de 2011	Ídem.
A/CN.4/L.780	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/66/10). El texto definitivo figura en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte).

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/L.781 y Add.1	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 63.º período de sesiones)	Ídem.
A/CN.4/L.782	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.783 y Add.1 a 8	Ídem: capítulo IV (Las reservas a los tratados)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/66/10 y Add.1). El texto definitivo figura en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte) y (tercera parte).
A/CN.4/L.784 y Add.1 y 2	Ídem: capítulo V (Responsabilidad de las organizaciones internacionales)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/66/10 y Add.1). El texto definitivo figura en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.785 y Add.1 y 2	Ídem: capítulo VI (Efectos de los conflictos armados en los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.786 y Add.1	Ídem: capítulo VII (Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)	Ídem.
A/CN.4/L.787	Ídem: capítulo VIII (Expulsión de extranjeros)	Ídem.
A/CN.4/L.788 y Add.1 y 2	Ídem: capítulo IX (Protección de las personas en casos de desastre)	Ídem.
A/CN.4/L.789	Ídem: capítulo X (La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*))	Ídem.
A/CN.4/L.790 y Add.1	Ídem: capítulo XI (Los tratados en el tiempo)	Ídem.
A/CN.4/L.791	Ídem: capítulo XII (La cláusula de la nación más favorecida)	Ídem.
A/CN.4/L.792	Ídem: capítulo XIII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.793	Las reservas a los tratados. Conclusiones acerca del diálogo sobre las reservas aprobadas provisionalmente por el Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados los días 6, 12 y 14 de julio de 2011	Mimeografiado.
A/CN.4/L.794	Protección de las personas en casos de desastre. Título y texto de los proyectos de artículo 10 y 11 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción el 19 de julio de 2011	Ídem.
A/CN.4/L.795	Las reservas a los tratados. Recomendación sobre mecanismos de asistencia en relación con las reservas aprobadas provisionalmente por el Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados el 27 de julio de 2011	Ídem.
A/CN.4/L.796	Informe del Grupo de Planificación	Ídem.
A/CN.4/SR.3080 - A/CN.4/SR.3127	Actas resumidas provisionales de la sesiones 3080.ª a 3127.ª	Ídem. El texto definitivo figura en *Anuario… 2011*, vol. I.

United Nations publication
Sales No. S.16.V.2
ISSN 0497-9885

ISBN 978-92-1-333459-1

Printed at United Nations, Geneva – 1527047 **(S)** – October 2016 – 111