

RELACIONES E INMUNIDADES CONSULARES

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/131

Segundo informe de Jaroslav Žourek, Relator Especial

[*Texto original en francés*]
[30 de marzo de 1960]

INDICE

Primera parte

CUESTIÓN DE LA INVOLABILIDAD PERSONAL DE LOS CÓNSULES Y DE SU EXENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL

	<i>Párrafos</i>	<i>Páginas</i>
SECCIÓN I. <i>Introducción histórica</i>		
1. Evolución de la costumbre	1 – 10	3
2. Jurisprudencia de los tribunales	11 – 20	5
3. Convenciones internacionales	21 – 33	6
4. Alcance de la cláusula denominada de inmunidad personal	34 – 36	8
5. Resumen de la doctrina y de la práctica	37 – 40	8
6. Proyectos de codificación	41 – 43	9
SECCIÓN II. <i>El derecho en vigor</i>		
1. Actos propios de la función	44 – 45	10
2. Actos que no son propios de la función	46 – 83	10
<i>a)</i> La jurisprudencia de los tribunales nacionales	49 – 54	11
<i>b)</i> Tratados internacionales	55 – 66	12
<i>c)</i> Legislaciones y prácticas nacionales	67 – 83	15
SECCIÓN III. <i>Propuestas de codificación</i>		17
<i>Artículo.</i> Inviolabilidad personal		18

Segunda parte

USO DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN MATERIA DE RELACIONES E INMUNIDADES CONSULARES

SECCIÓN I.		
1. Introducción.	1 – 2	18
2. Consideraciones generales	3 – 15	18
3. Cláusula condicional de la nación más favorecida en la esfera de las relaciones e inmunidades consulares.	16 – 20	20
SECCIÓN II. <i>Aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en la esfera de las relaciones e inmunidades consulares</i>		
1. Introducción.	21	21
2. Cláusula referente a los poderes, privilegios e inmunidades de los cónsules	22 – 27	21
3. Cláusula referente al trato concedido a los cónsules en general	28 – 29	22
4. Cláusula referente a los privilegios y las inmunidades consulares	30 – 32	23
5. Cláusula referente a una inmunidad determinada	33	23
6. Cláusula referente al establecimiento y la localización de los consulados	34 – 36	23
7. Interpretación de la cláusula.	37	24
SECCIÓN III. <i>Sobre la conveniencia de incluir la cláusula de la nación más favorecida en el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares</i>		
	38	24

Tercera parte

NUEVOS ARTÍCULOS

	<i>Páginas</i>
<i>Artículo I.</i> Personal del consulado	25
<i>Artículo II.</i> Persona declarada no aceptable	25
<i>Artículo III.</i> Exención de obligaciones referentes a la inscripción de extranjeros y al permiso de residencia	26
<i>Artículo IV.</i> Notificación de llegada y de la salida.	26
<i>Artículo V.</i> Adquisición de la nacionalidad	27
<i>Artículo VI.</i> Miembros del personal consular que no son nacionales del Estado de residencia	27
<i>Artículo VII.</i> Duración de los privilegios e inmunidades consulares.	28
<i>Artículo VIII.</i> Sucesión respecto de los bienes de un miembro del personal consular o de un miembro de su familia.	28
<i>Artículo IX.</i> Deberes de los terceros Estados	29
<i>Artículo X.</i> Obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado de residencia.	29
<i>Artículo XI.</i> Derecho a salir del territorio y facilidades para la salida.	30
<i>Artículo XII.</i> Protección de locales, archivos e intereses.	30
<i>Artículo XIII.</i> Aplicación de las reglas sin hacer distinción entre los Estados.	31

PRIMERA PARTE

Cuestión de la inviolabilidad personal de los cónsules y de su exención de la jurisdicción penal

SECCIÓN I. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

1. Evolución de la costumbre

1. En la época en que se los consideraba como ministros públicos y estaban investidos de funciones jurisdiccionales y diplomáticas¹, los cónsules disfrutaban de una completa inmunidad de jurisdicción del Estado de residencia. Su condición jurídica no difería en nada de la de los agentes diplomáticos actuales¹.

2. En esta época, una violencia cometida contra un cónsul se consideraba como una violación del derecho internacional, como lo demuestran algunos casos bien conocidos de la historia diplomática. Así Wicquefort (1600-1682) cuenta que los Estados Generales de las Provincias Unidas, cuyo cónsul en Cádiz había sufrido una afrenta y estaba detenido desde hacía siete u ocho meses por el gobernador de Cádiz, hicieron gestiones

ante la Corte de Madrid alegando una violación del derecho de gentes².

3. En 1634, la República de Venecia rompió con el Papa Urbano VIII a causa de la violencia ejercida por el gobernador de Ancona contra el cónsul veneciano Michel Oberti. El gobernador, que sospechaba que el cónsul Oberti, con sus informaciones, había hecho que las galeras de la República de Venecia se apoderaran de algunas embarcaciones de Ragusa, por haber defraudado los derechos que se pagaban en el Golfo, persiguió a dicho cónsul y, cuando éste se trasladó a Venecia para quejarse ante el Senado, envió milicianos a su casa e hizo que se apoderaran de sus muebles y documentos, incluso de los relacionados con el ejercicio de la función consular. El Senado de Venecia protestó enérgicamente, y el Embajador de Francia, para evitar una ruptura abierta con el Papa, interpuso sus oficios para solventar la diferencia. Pero antes de que se concertara un acuerdo, el gobernador hizo condenar al cónsul en rebeldía a la pena de expulsión, bajo pretexto de que éste había descargado mercancías en tiempo de epidemia. Gracias a una nueva iniciativa del Embajador de Francia, se allanó

¹ Véase mi primer informe, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1957, vol. II*, documento A/CN.4/108, pág. 77 y mi artículo « Histoire des relations consulaires », en la *Revue de Droit International pour le Moyen-Orient*, 6.º año, No. 2, diciembre de 1957, págs. 193 y 194.

² *L'Ambassadeur et ses fonctions*, última ed., Colonia, 1715, primera parte (la primera edición se publicó en 1681), libro I, sección V, pág. 76; véase también E. de Vattel, *El derecho de gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta de las naciones y de los soberanos*, trad. por Lucas Miguel Otarena de la ed. francesa de 1820, Madrid, 1822, tomo I, libro II, cap. II, párr. 34.

el incidente, el gobernador debía revocar la expulsión y aceptar que el cónsul Oberti fuera restablecido, después de lo cual el Senado de Venecia lo reemplazaría. Pero como el cónsul había entretanto fallecido, fue reemplazado por su hermano, a quien el gobernador hizo encarcelar y no quiso poner en libertad sino cuando se comprometió a abandonar la ciudad y no volver a ella. Escandalizado por este procedimiento, el Senado de Venecia, para demostrar su indignación, negó audiencia a los enviados del Papa y prohibió a su embajador presentarse ante el Papa hasta que se obligara al gobernador de Ancona a dar una satisfacción³.

4. Wicquefort cuenta que las Provincias Unidas quisieron que se reconociera como ministro a su cónsul en Génova. Pero el Senado de esta ciudad contestó que no lo reconocía como ministro público y que lo más a que podía aspirar era a disfrutar los derechos y privilegios que la costumbre asignaba a ese tipo de empleo⁴. Añade una frase que indica el cambio profundo que se produce en las ideas sobre la función consular en la segunda mitad del siglo XVII, cambio del cual fue uno de los iniciadores principales:

« Los cónsules no son más que mercaderes, que si bien ejercen de jueces en las diferencias que puedan surgir entre sus nacionales, no dejan de practicar el tráfico y de estar sometidos a la justicia del lugar de su residencia, tanto para lo civil como para lo criminal, lo cual es incompatible con la calidad de Ministro Público. »⁵

5. En sus *Mémoires touchant les Ambassadeurs et Ministres publics* publicadas de 1676 a 1679, Wicquefort cita el caso de Berbrant Sas, abogado de La Haya, que en 1659 recibió una comisión de George Downing, residente del Protector de Inglaterra, para « servir, de modo exclusivo, a los mercaderes ingleses en la gestión de sus asuntos particulares ». Wicquefort añade que Sas fue admitido a este empleo únicamente con la condición expresa de que no podría pretender otros derechos ni prerrogativas que los que disfrutaban los demás abogados. Creyendo que su calidad de ministro público le ponía al abrigo de la justicia, hirió en la calle a un hombre por quien estimaba haber sido ofendido. El Tribunal de Justicia le hizo detener y poner en prisión y, a pesar de las gestiones del enviado de Inglaterra, condenó a Sas a una multa de mil libras, a seis años de expulsión, al pago de las costas y a prisión hasta que las pagara. Algunos días más tarde, los Estados de Holanda, bajo presión de los Estados Generales, declararon que la sentencia no sería ejecutada y Sas fue puesto en libertad. Wicquefort añade que Sas no podía en modo alguno ser considerado como ministro público, ya que no tenía cartas credenciales para los Estados, no trataba con ellos y sólo podía hacer gestiones ante el Tribunal de Justicia en cuanto a los asuntos particulares de los mercaderes ingleses⁶.

6. La profunda transformación experimentada por la institución de los consulados desde la segunda mitad del siglo XVII, como consecuencia del cambio de las

relaciones económicas internacionales, dio origen al cambio de la condición jurídica de los cónsules. Como dada la generalización en el siglo XVII de las misiones diplomáticas permanentes los cónsules perdieron algunas de sus atribuciones, que se consideraron en adelante como funciones diplomáticas, cesaron de ser ministros públicos y ya no podían reclamar en derecho los privilegios e inmunidades de que disfrutaban cuando eran los únicos representantes oficiales de los Estados en el extranjero. Sin embargo, no puede considerarse que esa transformación de la institución consular hizo perder a los cónsules todas sus inmunidades. Del hecho de que los cónsules cesaran de ser ministros públicos y de disfrutar de los privilegios e inmunidades reconocidos a los ministros públicos, no se deduce en modo alguno que no disfrutasen de ningún privilegio ni de ninguna inmunidad. El que se redujeran y perdieran en importancia las atribuciones de los cónsules no pudo tener por consecuencia, en lo que se refiere a los privilegios e inmunidades, el poner a los cónsules en la misma categoría que los simples particulares. Sin embargo, una parte de la doctrina llegó a afirmarlo. Se asiste a una corriente de opinión hostil a los cónsules, de la cual es intérprete Wicquefort, quien estima que los príncipes que emplean cónsules « los protegen como a personas que están a su servicio y como todo buen señor protege a su servidor y a su criado, pero no como ministros públicos »⁷. Resulta sorprendente ver que Wicquefort pone a los cónsules, enviados oficiales del Soberano, en la misma categoría que a los criados, o sea, que al personal particular. La corriente de ideas hostil a los cónsules puede explicarse por varias razones. En primer lugar, el nuevo sistema de producción provoca un cambio radical en el comercio, que forma parte de las nuevas relaciones de producción entre los hombres, y hacen que nazca la imperiosa necesidad de crear un gran mercado nacional, indispensable a la nueva economía. Apoyándose en la nueva clase que reivindicaba el poder político, el Estado monárquico sale victorioso de las luchas seculares contra los particularismos feudales, afirma su soberanía y reivindica el ejercicio exclusivo de la jurisdicción en su territorio. La jurisdicción que ejercían los cónsules, tanto en materia civil como en materia penal, se vuelve absolutamente incompatible con el poder soberano del Estado territorial y los gobiernos tienen que mirarlo con malos ojos, forzosamente. Otra razón que explica el cambio radical de la opinión respecto de la condición de los cónsules, y que está por otra parte estrechamente relacionada con la anterior, es la de que en el siglo XVII, son por lo general mercaderes que practican personalmente el comercio. Es perfectamente comprensible que ni los autores ni los gobiernos estuvieran dispuestos a conceder privilegios a cónsules-mercaderes, tanto menos cuanto que en aquella época, bajo la influencia de las ideas mercantilistas, los extranjeros en general y el comercio extranjero en particular, son vistos con una hostilidad manifiesta. Por último, la creación de las misiones diplomáticas y de la profesión diplomática, situadas en el centro de la vida política y rodeadas de mucho mayor fasto, relegan a un segundo plano la institución consular, de una manera en la cual tal vez hay cierta rivalidad profesional.

6A. A finales del siglo XVII y a principios del XVIII se encuentra una manifestación de esta hostilidad para con los cónsules en las disposiciones que figuran en los

³ Wicquefort, *op. cit.*, págs. 76 y 77, véase también Vattel, *loc. cit.*

⁴ Wicquefort, *op. cit.*, pág. 76.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Mémoires touchant les Ambassadeurs et les Ministres publics*, por L.M.P., (Le Ministre prisonnier), Colonia 1676-1679, vol. I, págs. 57 a 60.

⁷ Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, tomo I, pág. 63.

tratados concertados entre Francia y los Países Bajos, en Ryswick en 1697 (art. 30), en Utrecht en 1713 (art. 38) y en Versalles en 1739 (art. 40) y que estipulan que en lo futuro ninguna de las dos partes admitirá cónsules y que si una de ellas estima oportuno enviar residentes, agentes o comisarios, éstos sólo podrán elegir como lugar de residencia el de residencia habitual de la Corte⁸.

7. Wicquefort, que era diplomático, no se daba cuenta de la transformación exacta que se efectuaba en la institución consular cuando se hallaba él en la segunda mitad de su vida y no supo apreciar de manera correcta la condición de los cónsules en la vida internacional. Cometió el error de fundar su opinión en ejemplos antiguos como el de la detención de los cónsules de las Provincias Unidas en Cádiz y la violencia hecha al cónsul de Venecia por el gobernador de Ancona (véanse párr. 2 y 3). En efecto, en esos dos casos, acaecidos en la época en que los cónsules disfrutaban todavía, en calidad de ministros públicos, de inviolabilidad e inmunidad completa de jurisdicción, se trataba de violaciones del derecho internacional, y esos dos casos no podían considerarse como fundamento de una nueva práctica internacional. En consecuencia, no cabe sorprenderse de que Vattel aprovechara este punto débil y señalara que los ejemplos invocados eran contrarios al sentimiento de Wicquefort⁹ quien, por otra parte, defendía decididamente los privilegios e inmunidades de los ministros públicos. Sin embargo, las ideas de Wicquefort encontraron un eco favorable en la doctrina y en la práctica.

8. Entre los autores del siglo XVII, Bynkershoek (1673-1743) adoptó decididamente el parecer de Wicquefort al comentar un decreto de 13 de octubre de 1679 por el cual los Estados Generales contestan a una viuda que deseaba saber dónde podría incoar un proceso contra un cónsul de los Estados Generales en Lisboa, que antes había estado domiciliado en Rotterdam. El decreto estipulaba que «en este país, debía demandarlo ante el juez ante el cual se lo podría demandar si viviera todavía en Rotterdam». Bynkershoek, haciendo hincapié en las palabras «*en este país*» (hier te Lande), concluye que el cónsul puede ser demandado tanto en el país en el que ejerce sus funciones como en el lugar de su domicilio¹⁰. Expresa acerca de los cónsules la opinión siguiente:

«Y hemos de decir la verdad, esos cónsules no son nada más que los defensores de los comerciantes de su nación y, a veces también, sus jueces; además, suelen ser ellos mismos comerciantes, enviados no ya para representar a su príncipe en el país de otro soberano, sino para proteger a los súbditos de su príncipe en los asuntos que se refieren al comercio, y, a menudo, para administrar la justicia entre ellos en los litigios comerciales.»¹¹

⁸ Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, 8.ª ed., París, Rousseau et Cie, 1926, tomo I, parte III, pág. 115.

⁹ Vattel, *loc. cit.*

¹⁰ Invoca, por analogía, lo que se dice respecto de un senador en el Digesto, I. IX.11, *De senatoribus* (Bynkershoek, *De Foro Legatorum tan in causa civili, quam criminali Liber Singularis*, 1721, cap. X, colección *The Classics of International Law*, Oxford University Press, 1946, vol. 21, pág. 482).

¹¹ «*Et si verum amamus, Consules illi non sunt nisi Mercatorum Nationis suae defensores et quandoque etiam iudices, quin fere ipsi Mercatores, non missi, ut Principem suum repraesentent apud alium Principem, sed ut Principis sui subditos tueantur in iis, quae ad mercaturam pertinent, saepe et ut de iis inter eos jus dicant.*» (*Loc. cit.*)

Fundándose en las opiniones expresadas por Wicquefort en sus *Mémoires sur les Ambassadeurs* y en su *Traité sur les Ambassadeurs*, Bynkershoek critica la práctica de los Estados de Bélgica Unida, que a veces han otorgado a los cónsules «los privilegios del derecho de gentes»¹².

9. Vattel reaccionó contra las opiniones de Wicquefort y de Bynkershoek y, basándose en los ejemplos citados por el primero, intentó defender una tesis correcta en su tratado publicado en 1758, que le hizo célebre. Después de admitir que el cónsul no es un ministro público y que no puede pretender disfrutar de las prerrogativas de este último, añade lo siguiente:

«Sin embargo, como está encargado de una comisión de su soberano, y es recibido en tal capacidad por el soberano en cuyo territorio reside, debe estar protegido hasta cierto punto por el derecho de gentes. El soberano que lo recibe se compromete tácitamente, por el hecho de recibirlo, a otorgarle toda la libertad y seguridad necesarias para el desempeño adecuado de sus funciones; de no ser así, la admisión del cónsul sería vana e ilusoria.»¹³

Más adelante dice que las funciones del cónsul, «al parecer, exigen incluso que el cónsul sea independiente de la justicia criminal ordinaria del lugar en que reside, de modo que no pueda ser molestado ni encarcelado a menos que infrinja el derecho de gentes por algún delito grave»¹⁴. Termina su controversia con Wicquefort por un juicio correcto, según el cual, a falta de tratados, la costumbre debe servir de norma en estos casos, puesto que, quien recibe a un cónsul, se supone que ha de recibirlo en la forma establecida por el uso¹⁵.

10. Pero aunque Vattel haya apreciado la cuestión con justeza, las opiniones de Wicquefort fueron las que durante mucho tiempo influyeron en la jurisprudencia de los tribunales.

2. Jurisprudencia de los tribunales

Asunto Barbuit (1737)

11. El Sr. Barbuit, jabonero establecido en Gran Bretaña, recibió en 1717, de parte del rey de Prusia, una comisión de agente comercial redactada en los términos de una comisión consular, que no iba dirigida al rey de Inglaterra, sino a todos los que pudiera interesar. Por ausencia del rey, la comisión fue aceptada por los Lores Jueces. En 1725, el Sr. Barbuit fue demandado por deudas, y diez años más tarde, cuando se expidió un mandamiento de detención contra él, invocó la inmunidad afirmando que era ministro público. En una decisión que alcanzó celebridad y se consideró como un precedente, el juez Talbot, después de analizar las funciones del Sr. Barbuit según los términos de la comisión, llegó a la conclusión de que no podía considerarlo sino como un cónsul y, basándose en la autoridad de Barbeyrac, Bynkershoek, Grocio y Wicquefort, se negó en 1737 a reconocerle la inmunidad¹⁶.

¹² *Ibid.*

¹³ Vattel, *loc. cit.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Cases in Equity under Lord Talbot*, pág. 281; Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law*, vol. II, 3.ª ed., Londres, Butterworths, 1882, págs. 329 a 332.

Asunto Triquet c. Bath (1761)

12. En esta causa el fallo se basa en el del proceso Barbuit¹⁷.

Asunto Heathfield c. Clifton (1767)

13. En este proceso se decidió que a los cónsules y a los agentes comerciales, aunque sean recibidos como tales por las cortes cerca de las cuales desempeñan sus funciones, no se les aplican las normas del derecho internacional. También en esta decisión se invocó el asunto Barbuit¹⁸.

Asunto Clarke c. Cretico (1808)

14. En ese asunto, el juez Mansfield reconoció también que el cónsul no es un ministro público. El demandado alegó la inmunidad de detención, pretendiendo que era cónsul de la Sublime Puerta e invocando la autoridad de Vattel. Fundándose en un affidavit presentado durante el proceso y según el cual el demandado había sido exonerado de sus funciones en diciembre de 1806, el juez rechazó la defensa sin haber tenido que decidir sobre el fondo de la cuestión¹⁹.

Asunto Viveash c. Becker (1814)

15. En 1814, un comerciante llamado Becker, que residía en Gran Bretaña, fue nombrado cónsul del duque de Oldenburgo. En un proceso por deudas entablado contra él, el cónsul alegó la inmunidad de detención. Tras un análisis detallado en que se invocó nuevamente el fallo en el asunto Barbuit, el juez opinó que los cónsules no son ministros públicos y que el derecho internacional no confiere a los cónsules tal inmunidad. Rechazó la defensa²⁰.

Prisión preventiva del cónsul Croxal (1834)

16. En 1834, el Sr. Croxal, cónsul de los Estados Unidos en Marsella, acusado por lesiones causadas a una criada que se negó a abandonar su servicio después de haber sido despedida, fue puesto en prisión preventiva por trece días antes de la vista. No obtuvo que se lo dejara en libertad bajo fianza. Se lo absolvió de la demanda criminal, pero se lo condenó a 2.000 francos de daños y perjuicios a la parte civil y a las costas procesales²¹.

Detención del cónsul británico Pritchard (1843)

17. Cuando, en virtud del tratado impuesto a la soberana de Tahití el 9 de septiembre de 1842, Francia estableció su protectorado sobre esas islas, el Sr. Pritchard, cónsul británico en Tahití, fue detenido y expulsado por las autoridades francesas que le acusaban de haber tratado, por palabras y actos, de oponerse al establecimiento de la autoridad de Francia. Se lo puso en libertad por intervención del capitán del buque de

guerra *Cormoran*, a condición de que no regresara nunca a Tahití. Más tarde, el Gobierno de Francia pagó una indemnización al Sr. Pritchard²².

Detención del cónsul papal en Nápoles en 1863

18. En 1863, fue detenido y expulsado el cónsul papal en Nápoles²³.

Detención del cónsul general Carlier d'Abaunza en París (1840)

19. Cuando en 1840 el cónsul general de la República del Uruguay fue detenido en París, por iniciativa de uno de sus acreedores, antes de haber obtenido el exequátur, alegó la excepción de inmunidad de jurisdicción, que fue rechazada por los tribunales²⁴.

20. En Francia, antes de la ley de 22 de julio de 1867, que abolió la prisión por deudas en materia civil y comercial y con respecto a los extranjeros, los cónsules que se dedicaban a actividades comerciales podían ser juzgados por los tribunales franceses por las obligaciones contraídas en su comercio y podían ser detenidos cuando no pagaban. No podían invocar la inmunidad. Por ejemplo, en 1787, el Sr. Barclay, cónsul de los Estados Unidos de América en Burdeos, fue detenido por deudas en virtud de una orden del Parlamento, o sea, del tribunal de Burdeos. Puesto en libertad unos días después, trató de obtener, por conducto de Thomas Jefferson, un salvoconducto que lo protegiera en París. A ese fin, fue necesario el consentimiento de los acreedores²⁵.

3. *Convenciones internacionales*

21. Es evidente que el que los tribunales nacionales aplicaran a los cónsules el régimen de derecho común, ofrecía graves inconvenientes, sobre todo, en una época en que la mayoría de los cónsules se dedicaban a actividades comerciales y en que, por consiguiente, no dejaban de haber motivos para demandarlos e, incluso, para encarcelarlos por deudas. El encarcelamiento impedía al cónsul ejercer una función que le había confiado un Estado soberano y, además, se consideraba como una afrenta al gobierno que había nombrado al cónsul. Para reaccionar contra una parte de la doctrina desfavorable a los cónsules y protegerse contra la práctica de algunos tribunales nacionales, los Estados han querido garantizar la inmunidad personal a los cónsules por medio de convenciones.

22. Al parecer, la cláusula de inmunidad personal se introdujo por primera vez en la convención del Pardo, firmada en 13 de marzo de 1769 entre Francia y España; el artículo II de dicha convención estipula:

«Los cónsules, siendo vasallos del príncipe que los nombra, gozarán de la inmunidad personal, sin que puedan ser arrestados ni llevados a prisión, salvo por delitos atroces, o en el caso de que dichos cónsules fuesen negociantes, pues entonces esta inmunidad personal deberá sólo entenderse por motivos

¹⁷ 1 Taunton 107; Phillimore *op. cit.*, pág. 332; Ellery C. Stowell, *Consular Cases and Opinions*, Washington, 1909, págs. 375 y 376.

¹⁸ 4 Burrows 2016; Phillimore, *op. cit.*, págs. 332 y 333; Stowell, *op. cit.*, pág. 187.

¹⁹ 3 Burrows 1481; Phillimore, *op. cit.*, págs. 333 y 334; Stowell, *op. cit.*, págs. 105 a 107.

²⁰ 3 Maule and Selwyn 297; Phillimore, *op. cit.*, págs. 334 y 335; Stowell, *op. cit.*, págs. 423 a 432; véase *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Karl Strupp, vol. III, pág. 167.

²¹ Artículo « Consul » por Camille Jordan, *Répertoire de droit international*, La Pradelle-Niboyet, tomo V, pág. 59.

²² Phillimore, *op. cit.*, págs. 274 y 275.

²³ De Louter, *Le droit international public positif*, tomo II, 1920, pág. 77, que remite a Calvo, tomo I, párr. 464.

²⁴ Phillimore, *op. cit.*, pág. 262.

²⁵ Camille Jordan, « Les consuls dans les pays faisant partie de la communauté internationale », *Revue de droit international privé*, 1906, págs. 500 y 501.

de deudas u otras causas civiles que no envuelvan delito o casi delito, o que no dimanen de comercio que ejecutaren ellos mismos por sí y por sus dependientes: pero en correspondencia deberán no faltar a todas las atenciones debidas con los gobernadores y demás magistrados que representan al rey y a la justicia.»²⁶

El convenio consular del Pardo fue modificado en parte por el convenio de 7 de enero de 1862²⁷.

23. Una cláusula parecida se halla en la convención consular concertada entre los Estados Unidos de América y Francia el 23 de febrero de 1853, cuyo artículo 2 dispone:

« Los cónsules generales, cónsules y vicecónsules o agentes consulares de Francia y de los Estados Unidos gozarán, en ambos países, de los privilegios que generalmente se atribuyen a sus funciones, tales como la inmunidad personal, salvo en caso de crimen, la exención de la obligación de alojamiento a los militares, del servicio en la milicia o en la guardia nacional, y de otras obligaciones análogas, como también de todas las contribuciones directas y personales, ya sean federales, estatales o municipales; sin embargo, cuando esos cónsules generales, cónsules, vicecónsules o agentes consulares fueren ciudadanos del país de su residencia, si en dicho país fueren o llegaren a ser propietarios, o se dedicaren a actividades comerciales, estarán sometidos, sin perjuicio del trato concedido a los agentes comerciales, a la misma jurisdicción que los demás ciudadanos del país que sean propietarios o comerciantes, y a los mismos impuestos y contribuciones que éstos.»²⁸

24. La convención consular de 7 de enero de 1862 entre Francia y España reproduce en su artículo 12 casi literalmente el texto del artículo 2 de la convención del Pardo de 13 de marzo de 1769, con la diferencia de que después de la palabra « delitos » se suprime el término « atroces » y se sustituyen las palabras « que no envuelvan delito o casi delito » por estas otras: « que no envuelvan delito ni idea de delito »²⁹.

25. La convención consular de 24 de octubre de 1856 entre Francia y Venezuela (denunciada en 1876) contenía una cláusula muy explícita de inmunidad personal en el párrafo 2 del artículo 2:

« Esos agentes gozarán en todos los casos de la inmunidad personal; no podrán ser detenidos, llevados ante los tribunales o encarcelados, salvo en el caso de delito atroz.»³⁰

26. La cláusula de la inmunidad personal se generalizó rápidamente, como demuestra el ejemplo de Francia que la introdujo en muchas convenciones consulares. Pueden citarse, entre otras, las concertadas con Italia el 26 de julio de 1862 (párr. 2 del art. 2), con Portugal el 11 de julio de 1866 (art. 2), con el Imperio Austro-Húngaro el 19 de diciembre de 1866 (art. 2), con Rusia el 1.º de abril de 1874 (párr. 2 del art. 2), con Grecia el

7 de enero de 1876 (art. 8), con la República Dominicana el 25 de octubre de 1872 (art. 8), con El Salvador el 5 de junio de 1878 (art. 8), con Bolivia el 5 de agosto de 1897 (art. 8).

27. Otros Estados europeos y americanos reconocen en sus convenciones la « inmunidad personal » de sus cónsules. Así, por ejemplo, en las convenciones consulares concertadas por Alemania con España el 12 de enero de 1872 (art. 4), con Costa Rica el 18 de mayo de 1875 (párr. 4 del art. XXVII), con Italia el 18 de mayo de 1875 (art. 3), con el Brasil el 10 de enero de 1822 (art. 4), con la República Dominicana el 30 de enero de 1885 (párr. 3 del art. 21)³¹.

28. En algunas convenciones de la misma época se utiliza una fórmula mucho más precisa, que exige a los cónsules únicamente de la prisión preventiva. Así, por ejemplo, en el artículo 7 de la convención consular entre Grecia e Italia de 27 (15) de noviembre de 1880³².

29. En cambio, otras convenciones consulares conceden una inmunidad personal mucho más amplia y estipulan que los cónsules no podrán ser detenidos ni encarcelados, salvo por los hechos y actos que la legislación del país en que residan considere delictivos y castigue como tales. Pueden consultarse a este respecto las convenciones entre Alemania y Grecia, de 26 de noviembre de 1881 (art. II), entre Alemania y Serbia, de 6 de enero de 1883 (párr. 2 del art. II), entre Alemania y la República de Africa del Sur, del 22 de enero de 1885 (párr. 3 del art. 9).

30. La ambigüedad de la expresión « inmunidad personal » y las controversias que ha suscitado (véase sección 4 de esta parte del informe) explican probablemente por qué las convenciones posteriores han precisado la cláusula de inmunidad personal, limitándola al caso de la prisión preventiva. Por ejemplo, la convención consular entre Bélgica y Bolivia, de 21 de agosto de 1911 contiene en su artículo 3 la disposición siguiente:

« Los cónsules... no podrán ser arrestados preventivamente sino en el caso de crimen, calificado y castigado como tal por la legislación local.»³³

31. Si nembargo, en el siglo XVIII se encuentran algunas convenciones que no contienen una cláusula de inmunidad personal. Así, en el artículo 2 de la convención consular de 14 de noviembre de 1788 entre Francia y los Estados Unidos, después de confirmar la inviolabilidad de las cancillerías consulares y de los documentos archivados en ellas, se estipula en favor de los cónsules, vicecónsules, sus cancilleres y secretarios, la exención de todo servicio personal, de alojamientos de personal militar, de milicia, de somatén, de tutela, de curatela, como también de derechos, cargas e impuestos de cualquier tipo de que gozarán los cónsules respectivos que no sean propietarios de bienes muebles e inmuebles, ni comerciantes, y se indica que los funcionarios mencionados estarán a todos los efectos sometidos a las leyes del país como los nacionales³⁴.

32. En la convención de Comercio concertada el 3 de julio de 1815 entre los Estados Unidos de América

²⁶ A. del Cantillo, *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio*, 1843, pág. 516.

²⁷ Niboyet-Goulé, *Recueil de textes usuels de droit international*, vol. I, pág. 450 y sig.^{tes}.

²⁸ De Clercq, *Recueil des traités de la France*, tomo VI, pág. 291.

²⁹ *British and Foreign State Papers*, vol. 52, 1861-1862, pág. 143.

³⁰ De Clercq, *op. cit.*, tomo VIII, pág. 378.

³¹ Jordan, *Revue de Droit international privé*, 1906, pág. 721.

³² Martens, *Nouveau Recueil général de traités*, 2.ª serie, tomo VIII, pág. 624.

³³ *Répertoire de droit international*, tomo VII, pág. 64.

³⁴ De Clercq, *op. cit.*, tomo I, 1713-1802, pág. 196.

y la Gran Bretaña, el artículo IV estipula que « en el caso de conducta ilegal e inconveniente respecto de las leyes o del gobierno del país al que se le envía, el cónsul podrá ser sancionado de conformidad con las leyes, si las leyes prevén el caso, o despedidos por el gobierno ofendido, indicando los motivos »³⁵.

33. En muchas convenciones consulares la falta de una cláusula de inmunidad personal se ve compensada por la cláusula de la nación más favorecida que comienza a generalizarse en el siglo XIX (véase la segunda parte de este informe). Así, la convención consular entre Francia y Chile de 15 de septiembre de 1846 se limita a estipular que los cónsules están obligados a observar en todo las leyes de los países respectivos, pero contiene la cláusula de la nación más favorecida (art. 20, *in fine*)³⁶. Así, la inmunidad personal concedida por uno de los dos Estados contratantes a un tercer Estado es automáticamente aplicable a los cónsules de la otra parte contratante.

4. Alcance de la cláusula denominada de inmunidad personal

34. El alcance de la cláusula de inmunidad personal ha sido, durante mucho tiempo, objeto de controversia. Algunos autores han querido ver en ella una verdadera exención de la jurisdicción civil y penal, salvo para los crímenes³⁷. Otros, en cambio, la han interpretado como una exención de la detención y de la prisión preventiva salvo en caso de crimen, y como la exoneración de la prisión por deudas en materia civil³⁸.

35. La jurisprudencia de los tribunales internos discrepa asimismo en cuanto al sentido que ha de darse a la expresión « inmunidad personal ». Así, por ejemplo, el Tribunal de Apelación de París, en su fallo de 2 de marzo de 1868, en el asunto G contra G, cónsul general de Italia en Lyon, se negó a admitir que la cláusula de inmunidad personal contenida en el párrafo 2 del artículo 2 de la convención consular franco-italiana de 26 de julio de 1862 constituía una estipulación reconociendo la inmunidad de jurisdicción³⁹. El mismo Tribunal de Apelación, en un fallo de 8 de enero de 1886 dictado en el asunto Syndic Cercle Taitbout contra d'Oliveira, vicecónsul de Portugal en París, después de anular un fallo del Tribunal de Comercio del Sena, de 2 de mayo de 1883, se declaró competente para entender en las acciones civiles y penales contra el Sr. d'Oliveira que, para sustraerse a la jurisdicción francesa, invocaba los términos del párrafo 3 del artículo 2 de la convención consular franco-portuguesa de 11 de junio de 1866. En efecto, este párrafo estipulaba que los cónsules « gozarán... de inmunidad personal salvo para los hechos y actos que la legislación penal de cada uno de los dos países califique de crímenes y castigue como tales; y si son comerciantes, la prisión por deudas se les podrá aplicar sólo por los actos de comercio y no por causas civiles »⁴⁰. En cambio, el Tribunal Correccional del Sena en una sentencia de 8 de julio de 1890, en el

curso de una causa entablada contra el canciller del Consulado General de Grecia, Manolopoulo, de nacionalidad helénica, por injurias, difamación y agresión se declaró incompetente, considerando que la frase « no podrán ser detenidos ni encarcelados » contenida en el artículo 8 de la convención consular franco helénica de 7 de enero de 1876 significaba que los funcionarios consulares a que se refería dicha convención no podían ser condenados a una pena de prisión⁴¹. El Tribunal de Toulouse, en una sentencia de 10 de julio de 1890, dictada en el asunto Lafforgue c. del Pedroso, consideró que los términos del artículo 12 de la convención consular franco-española de 7 de enero de 1862 estipulaban la inmunidad de jurisdicción, sobre todo en lo referente a las deudas y otras causas civiles que no envolvían delito ni la idea de delito⁴².

36. Si se examinan todas las convenciones que estipulan la inmunidad personal y, sobre todo, si se tiene en cuenta la palabra « personal » que se añade a la palabra « inmunidad » en relación con la exención de la prisión por deudas estipulada en beneficio de los cónsules comerciantes, « en materia civil », hay que llegar a la conclusión de que las convenciones que contienen la cláusula de inmunidad personal no tienen más objeto que el de garantizar a los cónsules a que se refieren estas convenciones la inviolabilidad personal, salvo en los casos excepcionales admitidos en ellas (casos de crímenes, etc.). Esta cláusula, correctamente interpretada, no significa en modo alguno que los cónsules no puedan ser juzgados, sino simplemente que no pueden ser detenidos ni encarcelados, sin que sea necesario distinguir entre la prisión preventiva y la prisión posterior a la condena, desde luego, siempre que dicha inmunidad no se limite a la prisión preventiva por una disposición expresa de la convención. En efecto, si las partes contratantes quisieran conceder, por esta expresión, una exención de jurisdicción, esto es, una derogación importante de su soberanía territorial, y un privilegio contrario a la costumbre establecida que niega a los cónsules el carácter diplomático, no se comprendería por qué no emplean la expresión « inmunidad de jurisdicción » en vez de « inmunidad personal ». Además, en caso de duda, el principio de la soberanía de los Estados impone una interpretación restrictiva.

5. Resumen de la doctrina y de la práctica

37. Desde muy temprano, la mayor parte de la doctrina niega a los cónsules las inmunidades diplomáticas y, sobre todo, la inmunidad de la jurisdicción. Esta era, en particular, la opinión de Wicquefort, Bynkershoek, Vattel, Klüber, Holtzendorff, G. F. Martens, Geffcken y otros⁴³. Pero la mayoría de los autores, influidos por Vattel, reconocen en principio a los cónsules la inmunidad personal salvo para los casos de delito (infracción grave). La opinión de Vattel ha sido citada a menudo por los tribunales y la opinión de los autores se vio reforzada por la conclusión de muchas convenciones que estipulan la inmunidad personal para los cónsules, expresión cuyo uso análogo en derecho diplomático podía permitir que se la interpretara como que significaba una exención

³⁵ Martens, *Nouveau Recueil de traités*, vol. II, pág. 591.

³⁶ De Clercq, *op. cit.*, tomo V (1843-1849), pág. 465.

³⁷ Clumet, *Journal du droit international privé*, 1886, pág. 76 (Asunto d'Oliveira) y 1890, pág. 667 (Asunto Manolopoulo).

³⁸ Jordan, *loc. cit.*, pág. 498. Este autor cita la opinión de Renault que se había pronunciado en el mismo sentido.

³⁹ Jordan, *loc. cit.*, págs. 503 y 504.

⁴⁰ *Journal du droit international privé*, 1886, pág. 76.

⁴¹ *Ibid.*, 1890, pág. 667, Snacos c. Manopoulo.

⁴² *Ibid.*, pág. 908.

⁴³ Fauchille, *Traité de droit international public*, 8.^a ed., tomo I, tercera parte, pág. 126.

de la jurisdicción ordinaria⁴⁴. Así, G. F. Martens reconoce que los cónsules, aunque están sometidos a la jurisdicción civil y penal del país de residencia, no pueden ser detenidos ni encarcelados sino por un crimen⁴⁵. Esta opinión es compartida por Bulmerincq⁴⁶ y varios otros autores.

38. En los siglos XVII y XVIII se adoptó en los países anglosajones una actitud contraria a los privilegios de los cónsules. Así fue como, por los dictámenes de los asesores jurídicos del Rey, en Gran Bretaña los cónsules no tenían derecho a ningún privilegio. Este parecer está perfectamente ilustrado por el informe de 13 de noviembre de 1956, del Sr. Harding, en el cual éste opina que los cónsules extranjeros en Gran Bretaña y en sus Colonias no tenían derecho a reclamar sino los privilegios que pudieran concederles los tratados en vigor⁴⁷. Según dicho informe, el poder ejecutivo o las autoridades locales conceden ciertas ventajas a los cónsules, a su arbitrio por el uso o por cortesía. Según el derecho inglés, los cónsules están sometidos a la jurisdicción civil y penal y no se les reconoce ningún privilegio jurídico⁴⁸.

39. La posición de los Estados Unidos de América está definida en la respuesta dada por el Secretario de Estado Lansing, el 15 de julio de 1905, a una pregunta del Ministro Plenipotenciario de los Estados Unidos en Venezuela, respecto a laesque se informaba a este último que, a falta de disposiciones convencionales entre los Estados Unidos y Venezuela en las que se definan los derechos, privilegios e inmunidades de los cónsules (consular officers), éstos gozan únicamente de los derechos, privilegios e inmunidades que necesariamente lleva consigo el ejercicio adecuado de sus funciones o bien de los consagrados por una larga costumbre o por las leyes particulares del lugar de su residencia. En todos los demás casos, según la respuesta citada, están sometidos a las leyes del país de residencia exactamente como las demás personas, cualquiera que sea su nacionalidad⁴⁹. Este parecer está de acuerdo con la jurisprudencia anterior de los tribunales de los Estados Unidos⁵⁰.

40. Por último, una parte de la doctrina, negándose a tener en cuenta las profundas transformaciones experimentadas por la función consular, siguió durante mucho tiempo sosteniendo que los cónsules son ministros públicos y constituyen una categoría de representantes diplomáticos del Estado. Esta diversidad de opiniones acerca de la cuestión de las inmunidades consulares, sobre todo de la cuestión de la inviolabilidad de los cónsules, que resulta de las discrepancias de opinión acerca de la naturaleza misma de la institución consular y de la condición de los cónsules, explica la divergencia

que se advierte en la doctrina del derecho internacional hasta fines del siglo XIX en cuanto a la materia que es objeto de este examen. De Cussy sostiene que las atribuciones de los cónsules hacen de ellos ministros públicos y que deben participar, al igual que los demás ministros públicos, de una categoría más alta en cuanto a las inmunidades que el derecho internacional reconoce a estos ministros públicos⁵¹. Engelhardt presentó en 1891, a la reunión del Instituto de Derecho Internacional en Hamburgo, un proyecto de reglamento según el cual los cónsules que él había propuesto denominar « agentes comerciales », tienen la categoría de ministros públicos y como tales gozan de privilegios e inmunidades diplomáticas (art. 2), pero están sometidos a las leyes territoriales por todos los actos ajenos a su función pública (art. 4)⁵². Sin embargo, en la reunión de 1896 en Venecia, propuso que se incluyera una disposición según la cual los cónsules no pueden ser detenidos ni arrestados sino por hechos calificados como delitos por la legislación del país en que residan⁵³.

6. Proyectos de codificación

41. Cabe advertir que la opinión favorable a la inmunidad personal, defendida por autores eminentes y consagrada por muchas convenciones consulares, ha hallado su expresión en los proyectos de codificación elaborados tanto personalmente por algunos autores como por corporaciones científicas. Bluntschli admite la detención de un cónsul, pero únicamente en caso de necesidad (*Notfall*). Advierte que en esos casos hay que tener para con el Estado que envía la deferencia que imponen los intereses de la función consular y el honor del Estado⁵⁴.

42. Dudley Field, en su proyecto de código (art. 181, N.º 4) muestra bastante reserva en cuanto a este punto y propone la inmunidad de detención únicamente en las causas civiles. Indica en el comentario que la detención en las causas penales generalmente la sancionan las autoridades y que parece haber buenas razones para admitirla a pesar de la interrupción de las funciones consulares que puede originar. Considera importante la cuestión de saber si debe permitirse la detención únicamente cuando se trata de infracciones consideradas como delitos por la legislación local o incluso en el caso de las que constituyen « misdemeanours » (faltas)⁵⁵.

43. Fiore, en la primera edición de su obra *Le droit international codifié et sa sanction juridique*⁵⁶, después de afirmar correctamente (art. 801) que los cónsules no son agentes diplomáticos y que su misión no es representar al Estado en sus relaciones políticas internacionales, subraya (art. 802) que los cónsules se hallan bajo la protección del derecho internacional en el ejercicio de

⁴⁴ Véase a este respecto Jordan, *loc. cit.*, pág. 505.

⁴⁵ *Le Guide diplomatique*, 4.ª ed., París-Leipzig, 1854, tomo I, pág. 250.

⁴⁶ *Das Völkerrecht oder das internationale Recht*, Freiburg i.B. y Tübingen, 1884, pág. 321.

⁴⁷ « Apart from the privileges (if any) which may be secured to them by any existing treaty with the power whose agents they are (.....), I am not aware of any privileges to which foreign consuls are strictly or legally entitled, as of right, in Great Britain or in any of Her colonies. » (Lord McNair, *International Law Opinions*, selected and annotated, Cambridge, 1956, vol. I, pág. 221.)

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Hackworth, *Digest of International Law*, vol. IV, pág. 699.

⁵⁰ Véase el dictamen del procurador general Cushing, de fecha 9 de agosto de 1855, Kent, *Commentaries*, vol. I, pág. 44.

⁵¹ *Dictionnaire du diplomate et du consul*, Leipzig, 1846, pág. 193.

⁵² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XI (1889-1892), pág. 382. Nueva edición abreviada, 1928, vol. II, pág. 1136.

⁵³ *Annuaire de l'Institut*, vol. XV, pág. 287. Nueva edición abreviada, 1928, vol. III, pág. 934.

⁵⁴ *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nordlingen, 1868, pág. 160, art. 268. Véase también la traducción francesa de M. C. Lardy, *Le droit international codifié*, quinta edición, París, 1895.

⁵⁵ David Dudley Field, *Outlines of an International Code*, Nueva York, 1872, vol. I, págs. 73 y 74.

⁵⁶ Traducido del italiano por A. Chrétien, París, 1890, pág. 272.

las funciones que les corresponden en virtud de las convenciones internacionales. Añade que « hay que consultar siempre los tratados particulares en los que se autoriza su establecimiento para todo lo que se refiere al ejercicio de estas funciones, y también a los derechos y prerrogativas que puedan reclamar »⁵⁷.

Pero en la cuarta edición de su obra, Fiore sostiene la opinión favorable a la inviolabilidad de los cónsules y afirma que sólo se los puede detener o encarcelar por delitos a los que corresponde una pena grave (art. 518)⁵⁸.

El reglamento sobre las inmunidades consulares aprobado por el Instituto de Derecho Internacional el 26 de septiembre de 1896, siguiendo el informe de Engelhardt ya citado, contiene en su artículo 5 una disposición que reconoce a los cónsules la exención en cuanto a los actos realizados en su calidad oficial y dentro de los límites de su competencia. El artículo 6 dispone que, salvo el caso previsto en el artículo 5, los cónsules están sometidos, tanto en lo civil como en lo penal, a los tribunales del país en que ejerzan sus funciones. Sin embargo, este artículo dispone que toda acción entablada contra un cónsul quedará en suspenso hasta que su gobierno, debidamente prevenido por vía diplomática, pueda llegar a un acuerdo con el gobierno territorial sobre la solución del incidente. Sin embargo, el artículo prevé que esta consulta no será necesaria:

- a) En caso de delito flagrante o de crimen;
- b) En materia de acciones reales, entre otras las acciones posesorias que se refieran a bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio;
- c) Cuando el cónsul mismo haya entablado o aceptado la causa ante la jurisdicción local.

Por último, el artículo 7 prevé la inviolabilidad de los cónsules en los términos siguientes:

« Los cónsules no podrán ser detenidos ni arrestados en ningún caso, salvo por infracciones graves. »⁵⁹

SECCIÓN II. EL DERECHO EN VIGOR

1. Actos propios de la función

44. En mi primer informe se demostró que, en virtud del derecho internacional general, los cónsules y miembros del personal consular no se hallan sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado de residencia, por lo que se refiere a los actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones (actos propios de la función)⁶⁰. La inmunidad reconocida a los cónsules por los actos propios de la función no es en rigor una inmunidad personal del cónsul, sino una inmunidad reconocida al Estado que envía, en lo que atañe a los actos oficiales de un Estado soberano. Esos actos están exentos de la jurisdicción del Estado de residencia, tanto de la jurisdicción civil, como de la penal y

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, traducido del italiano por Ch. Antoine, París, 1911, págs. 293 y 294.

⁵⁹ *Annuaire de l'Institut*, vol. XI, pág. 305; *Tableau général des résolutions de l'Institut de droit international*, 1873-1956, publicado por Hans Wehberg, Basilea, 1957, pág. 29.

⁶⁰ Véase el artículo 27 del proyecto y el comentario al mismo, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1957, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 57. V. 5, vol. II), págs. 107 y siguientes.

la administrativa. A este respecto, no nos parece definitiva la conclusión a que llegó el Subcomité establecido por el Comité de Expertos para la codificación progresiva del derecho internacional sobre la condición jurídica de los cónsules. Mientras en ese informe se reconoce que los cónsules gozan de la exención de jurisdicción civil « para lo que se refiere al ejercicio de sus funciones », se afirma en términos absolutos que los cónsules no tienen inmunidad de jurisdicción penal, sin que se admita ninguna excepción por los actos propios de la función⁶¹. Si los cónsules están exentos de la jurisdicción civil por los actos propios de la función, también deben estarlo, *a fortiori*, de la jurisdicción penal por lo que hace a esos mismos actos. El fundamento de esta excepción es en efecto el mismo: el respeto debido a la soberanía de un Estado extranjero.

45. La opinión que prevaleció en el Comité mencionado en el párrafo anterior permitirá tal vez explicar por qué algunos autores abrigan ciertas dudas a este respecto. Por ejemplo, en las primeras ediciones del conocido tratado de Oppenheim se indica que en las innumerables convenciones concertadas se limita, en el caso de los cónsules, la jurisdicción penal a los delitos más graves⁶², mientras que en las últimas ediciones, refiriéndose a la práctica general, se advierte cierta vacilación respecto de este extremo⁶³.

2. Actos que no son propios de la función

46. En cuanto a los actos que no se ejecutan en el ejercicio de las funciones consulares, en la actualidad se admite casi universalmente que, cuando los tratados no estipulan lo contrario, los cónsules están sometidos a la jurisdicción civil y penal del Estado de residencia⁶⁴.

⁶¹ Sociedad de las Naciones, Comité de Expertos encargado de la codificación progresiva del derecho internacional, *Deuxième rapport au Conseil de la Société des Nations, documents : V. Questions juridiques*, 1928, V. 4, pag. 44.

⁶² Véanse, por ejemplo, la primera edición, 1905, Vol. I, párr. 435; la 4.ª ed. (por Arnold D. McNair), 1928, Vol. I, pág. 665; la 5.ª ed. (por H. Lauterpacht), 1937, vol. I, pág. 657.

⁶³ « ...according to the generally accepted practice, they (consuls) are not liable in civil and, perhaps, in criminal proceeding in respect of acts which they perform in their official capacity on behalf of their States and which fall within the scope of consular functions as recognised by International Law. » (6.ª, 7.ª y 8.ª ediciones, 1947, 1948, 1958.)

⁶⁴ En el mismo sentido: Liszt, *Das Völkerrecht Systematical dargestellt*, 10.ª ed., Berlín, 1915, pág. 142; Bonfils, *Manuel de droit international public (Droit des Gens)*, 3.ª ed., por Paul Fauchille, París, 1901, pág. 421; Jordan, *Revue de Droit international privé*, 1906, pág. 509; Strupp, *Éléments du droit international public*, tomo I, París, 1930, pág. 229; Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, Revised Edition, Nueva York, 1927, pág. 423; Stewart, *Consular Privileges and Immunities*, Nueva York, 1926, pág. 156; Verdross, *Völkerrecht*, 3.ª ed., Viena, 1955, pág. 270; Puente, *The Foreign Consul, His Juridical Status in the United States*, Chicago, 1926, pág. 123; Stuart Graham, *American Diplomatic and Consular Practice*, 2.ª ed., Nueva York, 1952, pág. 388; Santchov, V. L., *Utchebnik Consulscovo prava*, Moscú-Leningrado, 2.ª ed., 1926, págs. 38 y 39; Fenwich, *International Law*, 3.ª ed., 1934, pág. 485; François, *Handboek van het völkerrecht*, vol. I, 1949, pág. 777; Guggenheim, *Traité de droit international public*, tomo I, Ginebra, 1953, pág. 514; Sibert, *Traité de droit international public*, tomo II, París, 1951, pág. 58; Lawrence, *The Principles of International Law*, 7.ª ed., Londres, 1930, pág. 297; Hyde, *International Law chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2.ª ed., Boston, 1947, vol. II, párr. 475, pág. 1342; Rousseau, *Droit international public*, París, 1953, pág. 354; Hackworth, *Digest of International Law*, vol. IV, pág. 699; pág. 726 y siguientes y pág. 736 y siguientes; Sabanin, *Pasólskoye i konsulskoye pravo*, Moscú-Leningrado, 1930, págs. 312 y 313.

47. Si bien en la actualidad se reconoce casi universalmente que los cónsules están sometidos a la jurisdicción del Estado de residencia en cuanto a los actos que no realizan en su capacidad oficial, se manifiesta asimismo, tanto en la doctrina como en la práctica de los Estados, una considerable corriente de opiniones que reconocen la inviolabilidad personal de los cónsules. Esta inviolabilidad no es absoluta como la de los representantes diplomáticos, sino limitada a las infracciones de menor importancia. Entre los tratadistas de derecho internacional hay muchos partidarios de la tesis de la inviolabilidad de los cónsules⁶⁵. La mayoría de los autores que están en favor de la inviolabilidad personal admiten generalmente que deben excluirse los casos en que los cónsules cometan un delito o una infracción particularmente grave, en lo cual se atienen a las disposiciones de muchas convenciones consulares.

48. La opinión favorable a la inviolabilidad se ha manifestado también en los proyectos de codificación más recientes. Por ejemplo, un proyecto preparado por la Comisión Panamericana de Jurisconsultos en 1927, estipula en el artículo 19 que, en cuanto a los actos no oficiales, los cónsules están sometidos a los tribunales del Estado en que ejercen sus funciones, pero dispone en el artículo 16 que pueden ser encarcelados o detenidos por un delito grave⁶⁶. De ello se infiere, a contrario, que no se permite el encarcelamiento o la detención de los cónsules en el caso de una infracción que no pueda calificarse de delito grave. El proyecto de Harvard contiene en el artículo 20 una fórmula análoga. Según ese artículo, el Estado de residencia tiene la obligación de eximir al cónsul de toda detención, salvo por un delito grave⁶⁷. El comentario referente a ese artículo explica que esa exención, en caso de infracción de menor importancia, se reconoce tan generalmente en la legislación nacional, los tratados y la práctica diplomática, que puede constituir una regla de derecho internacional general⁶⁸.

a) La jurisprudencia de los tribunales nacionales

49. Si bien no puede considerarse que la jurisprudencia de los tribunales nacionales sobre cuestiones de derecho internacional constituya en rigor la práctica de los Estados, en cambio facilita algunas indicaciones interesantes sobre la interpretación dada por los tribunales a las convenciones internacionales y a las normas de derecho internacional, en una esfera donde no existe práctica estatal bien establecida. También facilita elementos de juicio sobre cuestiones en relación con las cuales el derecho internacional no se ha desarrollado

suficientemente en la práctica de los Estados o es objeto de controversia. Por ello resulta interesante advertir que la jurisprudencia de los tribunales internos interpreta la expresión « inmunidad personal », empleada en muchas convenciones consulares concertadas en el siglo pasado, en el sentido de inviolabilidad personal y no en el de inmunidad jurisdiccional.

50. Es cierto que a fines del siglo XIX, al interpretar las convenciones consulares, varios tribunales franceses adoptaron la opinión favorable a la tesis que defiende la exención de los cónsules de la jurisdicción del Estado de residencia. Así ocurrió, en particular, en el caso ya mencionado del Sr. Manolopoulo, canciller del consulado general de Grecia en París, en 1890⁶⁹, y en el proceso entablado contra el vicecónsul británico Lee Jortin, en Dieppe, el año 1900⁷⁰. Pero ya en el caso referente al cónsul de los Estados Unidos de América en Francia, Sr. King, entablado ante el tribunal correccional del Sena, se advierte un cambio de opinión. Ese tribunal, fundándose en el texto de la convención consular de 23 de febrero de 1853 (art. 2), y considerando que esa disposición significa que en materia penal los cónsules y agentes consulares norteamericanos no pueden ser enjuiciados ante los tribunales franceses, salvo en caso de delito, decidió que no se podía citar al cónsul de los Estados Unidos para que compareciera ante el tribunal correccional (fallo del 3 de julio de 1911). El Tribunal de apelación de París, fundándose en el informe documentado del asesor Le Poitlerin, confirmó el fallo de primera instancia (fallo de 14 de diciembre de 1911). Pero el Tribunal de casación casó el fallo del Tribunal de apelación por decisión de 23 de febrero de 1912, fundándose principalmente en dos notas del Ministerio de Relaciones Exteriores de 25 de noviembre y de 4 de diciembre de 1911, según las cuales la cláusula de inmunidad personal debía entenderse, con arreglo a la interpretación de ambas partes contratantes, no como una inmunidad de jurisdicción en materia penal, sino solamente como una exención de detención y de prisión preventivas⁷¹. Esta interpretación de la convención de 1853 fue luego impugnada por el Departamento de Estado, cuando el director de los servicios de pasaportes del consulado de los Estados Unidos en París, Sr. Biglow, fue citado en 1926 ante el tribunal correccional del Sena, por complicidad en el delito de difamación que supuestamente había cometido al revelar a un periodista los motivos por los cuales no había otorgado el visado de un pasaporte. Una vez citado el cónsul ante el tribunal, alegó la excepción de incompetencia, afirmando que no se le podía emplazar válidamente ante los tribunales franceses porque gozaba de inmunidad personal según lo dispuesto en el artículo 2 de la convención consular de 23 de enero de 1853. Arguyó, además, que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida estipulada en el artículo 12 de dicha convención, gozaba de la inmunidad personal concedida a los cónsules griegos en Francia por la convención consular de 7 de enero de 1876 entre Francia y Grecia, según la cual « los cónsules generales, cónsules, consules aspirantes, cancilleres y vicecónsules o

⁶⁵ Véanse, en particular, los autores siguientes: Hershey, *op. cit.*, pág. 423; Scelle, *Manuel de droit international public*, pág. 554; Guggenheim, *Traité de Droit international public*, tomo I, Ginebra, 1953, pág. 515; Manual de *Mieshdunarodnoye pravo* (derecho internacional), publicado bajo la dirección de los Sres. Durdienievsky y Krylov, Moscú, 1947, pág. 328; Rousseau, *op. cit.*, pág. 353; Bartos, *Medunarodno javno pravo*, Belgrado, 1956, vol. II, pág. 552; Santchov, *op. cit.*, pág. 39; Sabanin, *op. cit.*, pág. 305.

⁶⁶ « Consuls shall be subject to imprisonment or arrest for serious crime », Conferencia Internacional de Estados Americanos. Comisión Internacional de Juristas, 1927. Proyecto N.º VIII. Cónsules, *American Journal of International Law*, vol. 22, Suplemento Especial, pág. 255.

⁶⁷ *Harvard Law Research*, Cambridge, Mass, 1932, pág. 611.

⁶⁸ « The exemption from arrest for minor offences is so generally recognized in national regulations, treaties and diplomatic practice that it may constitute a rule of general international law », *ibid.*, pág. 612.

⁶⁹ *Journal du droit international*, Clunet, 1890, pág. 667 y siguientes. No se apeló del fallo dictado en este caso.

⁷⁰ *Ibid.*, 1900, págs. 130 y 858. Esas decisiones se han apartado de la jurisprudencia de otros tribunales franceses (*Deuxième rapport du Comité d'experts au Conseil de la Société des Nations*, pág. 43).

⁷¹ *Journal du droit international*, Clunet, 1913, págs. 183 a 207.

agentes consulares, ciudadanos del Estado que los nombra, gozarán de inmunidad personal; sólo podrán ser detenidos o encarcelados por los actos que la legislación penal del país de su residencia califique de delitos y castigue como tales» (art. 8). El cónsul mencionado alegó además que en virtud del derecho internacional, el tribunal era incompetente, ya que los cónsules no pueden ser citados nunca ante los tribunales del país de residencia, por actos propios de sus funciones e incluso por faltas que tengan que ver con esos actos. En el curso del proceso se presentó al tribunal una comunicación en la cual el Departamento de Estado impugnaba la interpretación dada a la expresión «inmunidad personal» por el Ministerio de Relaciones Exteriores francés en el asunto King en 1911. Según dicha comunicación, tal expresión tenía por objeto garantizar a los cónsules de los Estados Unidos de América tanto la inmunidad de detención y encarcelamiento por sentencia de un tribunal, como la inmunidad de detención y prisión preventivas⁷². El tribunal se declaró competente para conocer del asunto. En la motivación de la sentencia se refirió a la decisión anterior en el asunto King y expresó que si bien la convención franco-helénica de 1876, a diferencia de la de 1853, se refería expresamente a la exención de detención y de encarcelamiento, no eximía de modo expreso a los funcionarios consulares de los dos países contratantes de la jurisdicción de los respectivos tribunales de dichos países. En cuanto a los hechos imputados al cónsul, el tribunal concluyó que el cónsul, al dar a conocer a terceros los motivos de su negativa, había excedido los límites de sus funciones⁷³.

51. El Cónsul General de Italia, acusado de difamación ante el tribunal de Graz, en Austria, alegó la excepción de incompetencia, invocando la convención consular firmada el 15 de mayo de 1874 entre el ex Imperio austro-húngaro e Italia. El tribunal de primera instancia rechazó la excepción, pero el tribunal de apelación decidió que no podía instruirse ningún proceso contra dicho cónsul. El Tribunal Supremo de Austria casó esta decisión, advirtiendo que la inmunidad personal de jurisdicción no es lo mismo que la exención total de la jurisdicción de los tribunales nacionales, y estimó que esta inmunidad consiste únicamente en la exención de la ejecución y de la prisión en lo que se refiere a la persona del cónsul⁷⁴.

52. En Italia, el cónsul general de Yugoslavia en Génova, acusado de haber herido mortalmente a un peatón con su automóvil en 1930, fue condenado por el tribunal de primera instancia a ocho meses de prisión y a una multa. El tribunal de apelación revocó la sentencia, estimando que no podía entablarse ningún procedimiento contra un cónsul extranjero. El tribunal de casación llegó a la conclusión de que debía restablecerse la sentencia del tribunal de primera instancia y casó la sentencia del tribunal de apelación. En los motivos de su decisión, el tribunal de casación reconoció que la cláusula de la nación más favorecida, contenida en la convención consular firmada entre Italia y Yugoslavia el 21 de agosto de 1924, debía interpretarse en relación con la convención consular franco-italiana de 26 de julio de 1862, ya que según la opinión de las dos partes en litigio Francia era la nación más favorecida. Dicho tribunal emitió una

opinión totalmente errónea, al afirmar que dicha inmunidad se refería únicamente a la detención como medida de procedimiento, por ejemplo, la detención por ofensas al tribunal, etc.⁷⁵.

53. En los Estados Unidos de América, en un proceso civil entablado contra el cónsul rumano Tarcuano ante un tribunal del distrito sur de Nueva York, el 5 de febrero de 1935, el cónsul, invocando la cláusula de la nación más favorecida contenida en el artículo 12 de la convención consular entre los Estados Unidos y Rumania, de 17 de junio de 1881, alegó la exención de la jurisdicción civil, refiriéndose al artículo 2 de la convención consular de 23 de febrero de 1885 entre los Estados Unidos de América y Francia. El tribunal rechazó esta excepción afirmando que los cónsules están sujetos a la jurisdicción civil y penal de los tribunales del país de residencia y sostuvo que no hay ninguna razón para considerar que la inmunidad personal se refería a nada más que la inmunidad de detención o encarcelamiento, salvo el caso de delito⁷⁶.

54. En la Argentina, habiendo sido acusado un cónsul de Chile en Río Gallegos de una infracción penal, el tribunal de primera instancia remitió la causa a la Suprema Corte de acuerdo con lo dispuesto en el artículo primero (párr. primero) de la Ley 48, según el cual la Suprema Corte conocerá de las causas en que se versen los privilegios y exenciones de los cónsules y vicecónsules extranjeros en su carácter público. Sin embargo, la Suprema Corte devolvió la causa al tribunal de primera instancia que, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley citada, era competente para conocer de las causas que versan sobre negocios particulares de un cónsul o vicecónsul extranjero (párr. 3), señalando que entre las acciones relativas a los asuntos privados de los cónsules hay que incluir todas las que, tanto en materia civil como en materia penal, tienen su origen en actos privados de los funcionarios mencionados, ejecutados fuera del ejercicio de las funciones propias de su cargo. Añadió que, en materia penal, la posibilidad de que pueda privarse al acusado de su libertad no puede modificar la naturaleza del asunto, considerado desde el punto de vista de la jurisdicción⁷⁷.

b) *Tratados internacionales*

55. El análisis de las convenciones consulares y de otros acuerdos más recientes aplicables en la materia, demuestra sobre todo la orientación de la práctica moderna de los Estados, y permite responder con precisión a la pregunta de si los Estados están dispuestos a conceder a los cónsules extranjeros una verdadera inmunidad de jurisdicción por actos que no son ejecutados por dichos cónsules en el ejercicio de sus funciones, o simplemente una inviolabilidad personal, o sea, una exención de la detención y del encarcelamiento y, en su caso, de la ejecución de la sentencia cuando ésta lleve consigo una limitación de la libertad personal.

56. Es cierto que en los tratados recientes se encuentran disposiciones en las que se exime a los cónsules no sólo de la detención sino también del procesamiento, salvo

⁷² Hackworth, *Digest of International Law*, vol. IV, pág. 743.

⁷³ *Journal du droit international*, Clunet, vol. 59, 1928, págs. 142 a 146.

⁷⁴ H. Lauterpacht, *Annual Digest*, 1927-1928, caso N.º 267, págs. 387 y 388.

⁷⁵ H. Lauterpacht, *op. cit.*, 1933-1934, caso N.º 171, pág. 392.

⁷⁶ Sentencia de 5 de febrero de 1935, Lauterpacht, *op. cit.*, 1935-1937, caso N.º 186, págs. 397 y 398.

⁷⁷ In re González, Lauterpacht, *op. cit.*, 1943-1945, caso N.º 55, págs. 262 y 263.

cuando hayan cometido un delito. Pero estas disposiciones son muy raras hoy día. Así, según la convención consular, de 12 de enero de 1948, firmada entre los Estados Unidos de América y Costa Rica (art. II), el cónsul que sea nacional del Estado representado y que no se dedique a ninguna ocupación lucrativa privada dentro del Estado receptor, sólo podrá ser detenido o enjuiciado en este último si fuese acusado de haber cometido un delito sancionado con una pena de prisión de un año o de más de un año ⁷⁸.

57. La Convención de La Habana de 20 de febrero de 1928 sobre Agentes Consulares estipula que, a falta de convenio especial entre dos naciones los cónsules (agentes consulares, según los términos de la convención) nacionales del Estado que los nombra, no podrán ser detenidos ni procesados sino en los casos que se les acuse de la comisión de un hecho calificado por la legislación local de delito (en francés « delit » y en inglés « crime ») (art. 14). El alcance de esta disposición no es claro ya que el artículo 16 establece la exención de la jurisdicción local por los actos ejecutados por los cónsules con carácter oficial en los límites de su competencia, y el artículo 17 dispone que, en cuanto a los actos no oficiales, los cónsules están sujetos, tanto en materia civil como en materia criminal, a la jurisdicción del Estado en que ejercen sus funciones ⁷⁹.

58. Pero la gran mayoría de las convenciones recientes o contemporáneas se limita a conceder a los cónsules únicamente la exención de detención y de prisión o de toda limitación de la libertad personal, salvo en los casos en que hayan cometido una infracción cuya gravedad se encuentra, por regla general, definida en las convenciones. Esta excepción a la inviolabilidad personal está formulada de modo diferente en los tratados relativos a los cónsules y determina el alcance de su inviolabilidad. En efecto, según que estas excepciones se formulen de una manera restrictiva o, por lo contrario, de una manera extensiva, se ampliará o se restringirá en cada caso el alcance del privilegio.

59. Para definir dichas excepciones se emplean varios métodos:

El primero, utilizado muy a menudo en las convenciones, consiste en referirse a la calificación de la infracción cometida.

a) Algunas convenciones, aunque reconocen la inmunidad personal de los cónsules, hacen una excepción en el caso de « las infracciones penales graves », expresión muy vaga que puede originar considerables divergencias de interpretación. Una expresión semejante se encuentra, por ejemplo, en el tratado de amistad, comercio, navegación y consular entre Alemania y Nicaragua, de 4 de febrero de 1896 (párr. 4 del art. 22) ⁸⁰, que volvió a entrar en vigor por un intercambio de notas de 11 de enero, 26 de febrero y 6 de marzo de 1924 ⁸¹.

b) Otras convenciones sólo admiten la detención de los cónsules cuando se les acusa de actos delictivos que la legislación penal del país en que residen califica de

crímenes y castiga como tales. Se pueden citar a título de ejemplo las convenciones consulares entre Bélgica y Dinamarca, de 26 de agosto de 1909 (art. 3); entre España y Grecia, de 23 de septiembre de 1903 (art. XI, párr. 2); entre Estados Unidos de América y Finlandia, de 13 de enero de 1934 (art. XX), y muchas otras. A veces, las convenciones subrayan que debe tratarse de infracciones que la ley local califique de crímenes, en oposición a faltas (misdemeanours, délits). Este procedimiento se emplea muy a menudo en las convenciones concertadas por los Estados Unidos de América. Véanse, entre otras, las convenciones con Alemania, de 8 de diciembre de 1923 (art. 18); con Cuba, de 22 de abril de 1926 (art. 5); con Honduras, de 7 de diciembre de 1927 (art. 17); con Austria, de 9 de junio de 1928 (art. 14); con la República de Filipinas, de 14 de marzo de 1947 (art. II).

c) Otras convenciones restringen la inviolabilidad de los funcionarios consulares de carrera, admitiendo su detención en todos los casos en que sean acusados ante un tribunal de haber cometido un acto que constituya un delito o falta, según las leyes del país de residencia, pero no por actos considerados como simples contravenciones y castigados administrativamente. La convención consular entre México y Panamá de 9 de junio de 1928 (art. V, párr. primero) utiliza este procedimiento. Véase igualmente el Tratado consular entre España y Grecia, de 23 de septiembre de 1926 (art. 8, párr. 2) y el tratado sobre derechos civiles y atribuciones consulares entre España y Filipinas de 20 de mayo de 1948 (art. VIII, párrafo primero; el texto inglés de este último tratado emplea la palabra « crime »).

d) A veces, la calificación de la infracción en cuyo caso no se reconoce la exención de encarcelamiento, está determinada por el tipo de pena aplicable. Así, la convención consular entre Alemania y Bulgaria, de 4 de junio de 1928, admitía la prisión preventiva cuando se trataba de un proceso por un delito castigado con la pena de muerte o de reclusión (art. 12, párr. primero).

El método que consiste en tomar como criterio la calificación de la infracción cometida presenta graves inconvenientes. En primer lugar, muchas legislaciones no establecen distinción entre los delitos, las faltas y las contravenciones. Luego, incluso en el caso en que esta distinción sea común a las legislaciones de las partes contratantes, puede suceder que el mismo acto delictivo se califique de modo diferente por cada una de las dos legislaciones y que de esta diferencia resulte un trato desigual para los funcionarios consulares.

60. Un grupo de tratados abandona la distinción entre delitos y faltas por una parte, y contravenciones por otra, y utiliza como criterio para definir los casos en que se permite la detención de los cónsules, la duración de la pena fijada como sanción por la infracción cometida.

a) Según algunas convenciones, los funcionarios consulares, nacionales del Estado que envía, sólo podrán ser objeto de detención o de prisión preventiva si son procesados por infracciones sancionadas por la legislación local con una pena de privación de libertad de un año o de más de un año. Pueden citarse, a título de ejemplo, las convenciones consulares entre Albania y Yugoslavia de 22 de junio de 1926 (art. 10, párr. primero); entre Polonia y Rumania de 17 de diciembre de 1929 (art. 3

⁷⁸ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 70, pág. 33.

⁷⁹ Conferencias Internacionales Interamericanas, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, Wáshington, 1938, págs. 378 y 379.

⁸⁰ Martens, *Nouveau recueil général de Traités*, 2.ª serie, tomo XXIII, pág. 232.

⁸¹ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XLI, pág. 264.

párr. 8); entre Bélgica y Polonia de 22 de diciembre de 1934 (art. 6, párr. 6); entre Bulgaria y Polonia de 22 de diciembre de 1934 (art. 12, párr. primero); entre los Estados Unidos de América y Costa Rica de 12 de enero de 1928 (art. II, párr. primero); entre Hungría y Polonia de 24 de abril de 1926 (art. 11, párr. primero).

b) Otras convenciones, aunque mantienen el criterio de la duración de la pena por un año o más, admiten la detención o la prisión preventivas por la policía o por los agentes de los tribunales únicamente cuando los funcionarios consulares sean *sorprendidos en delicto flagrante*. Véase la convención consular entre Italia y Checoslovaquia de 1.º de marzo de 1924 (art. 7, párr. primero).

c) Hay convenciones que admiten la detención provisional cuando se trata de una causa por un delito que según la legislación del país de residencia está castigado con una pena de prisión de tres años como mínimo. Véase la convención consular entre Alemania y Turquía de 28 de mayo de 1929 (art. 11, párr. 2).

d) Según algunas otras convenciones, se excluye la prisión preventiva cuando el cónsul sea acusado de una infracción que la legislación local castiga con una pena de prisión inferior a cinco años. Véanse, entre otras, las convenciones consulares entre Albania y Francia, de 5 de febrero de 1928 (art. 4, párr. 3); entre Francia y Polonia, de 30 de diciembre de 1925 (art. 4, párr. 3); entre Gran Bretaña y Francia, de 31 de diciembre de 1951 (art. 15); entre Gran Bretaña y México, de 20 de marzo de 1954 (art. 14, párr. primero en relación con el art. 2, párr. 9).

e) Algunas convenciones consulares recientes determinan la exención de la detención o la prisión preventivas de modo diferente para cada una de las partes contratantes. Así, por ejemplo, la convención consular entre Gran Bretaña y Suecia de 14 de marzo de 1952 admite, en su artículo 14, que el cónsul puede ser objeto de prisión preventiva por actos cometidos fuera de sus funciones oficiales, si se le acusa de un delito grave (grave offence), definido en el párrafo 9 del artículo 2. Según esta última disposición, se entiende por « delito grave » :

i) En el territorio de Gran Bretaña y en los demás territorios británicos a los que se aplica la convención, las infracciones castigadas con una pena de prisión de al menos cinco años, y

ii) En el territorio de Suecia una infracción castigada con una pena de prisión de al menos cuatro años.

La convención entre Gran Bretaña y Grecia, de 17 de abril de 1953, determina el alcance de la exención por la duración de la pena (cinco años o más) en lo que se refiere al territorio de Gran Bretaña y los demás territorios británicos a los que se aplica la convención, y por la calificación de delito según la legislación griega, en lo que se refiere a Grecia.

f) Aparte la detención *provisional*, admitida en determinadas condiciones, se excluye la exención de encarcelamiento en varias convenciones cuando se trata de la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal. Este procedimiento se usa en las convenciones consulares entre Alemania y Turquía, de 28 de mayo de 1929 (art. 11, párr. 2); entre Alemania y Bulgaria, de 4 de junio de 1929 (art. 12, párr. primero); entre la URSS y la República

Federal de Alemania, de 25 de abril de 1958 (art. 8, párr. 2); entre la URSS y Austria, de 28 de febrero de 1959 (art. 7, párr. 2).

g) El *método enumerativo*, al que se acude en casos aislados, para especificar las infracciones por las cuales se puede disponer la detención provisional. Véase, por ejemplo, la convención consular entre la URSS y Alemania de 12 de octubre de 1925 (art. 11, párr. primero) en la que se estipula otro procedimiento para definir los casos en que se admite la prisión preventiva de los funcionarios consulares.

61. Se ve claramente que las convenciones sólo admiten la detención de los funcionarios consulares cuando se les acusa de una infracción castigada con una pena de prisión de duración determinada, o se les condena por dicha infracción, y excluyen la detención como medida de ejecución o de seguridad en materia civil y comercial, como también la detención por contravenciones administrativas o infracciones que sólo motivan un procedimiento administrativo, cuando a éstas les corresponda una pena inferior a la prevista en la convención de que se trate. En cambio, cuando la convención se limita a reconocer a los funcionarios consulares la exención de prisión preventiva, las partes contratantes suelen, a veces, precisar los demás casos que se mencionan anteriormente. Por ejemplo, la convención consular entre Hungría y Polonia de 24 de abril de 1936, dispone que los cónsules y los funcionarios consulares de carrera no podrán ser detenidos, ni como medida preventiva, ni como medida de ejecución en materia civil y comercial, ni por contravenciones, ni como sanción de infracciones que sólo motivan un procedimiento administrativo (párr. 1 del art. 11). Esta disposición va seguida de la cláusula ordinaria que excluye la prisión preventiva durante el procedimiento judicial, salvo por infracciones castigadas con penas de prisión de al menos un año. Otras convenciones excluyen expresamente la detención en materia civil o comercial : por ejemplo, la convención consular entre Alemania y Turquía de 28 de mayo de 1929 (párr. 1 del art. 11) y la convención consular entre Francia y Polonia de 30 de diciembre de 1925 (párr. 3 del art. 4).

62. Cabe señalar que muchos tratados reconocen la exención de detención o de encarcelamiento, pero introducen una doble limitación del alcance de esta cláusula *ratione personal* :

a) Esos tratados estipulan generalmente que no pueden acogerse a dicha cláusula los funcionarios consulares que son nacionales del Estado de residencia.

b) En la medida en que esos tratados confieren inmunidad contra la prisión por deudas, excluyen a los funcionarios consulares que son negociantes, por todo lo que se refiere a los actos de su comercio.

63. Por último, cabe advertir que las convenciones consulares y los demás acuerdos aplicables en la materia definen con criterios diferentes las personas que gozan de inviolabilidad. Algunos acuerdos se refieren únicamente a los cónsules (consular officers), otros se aplican también a los demás funcionarios consulares, y algunos se aplican incluso a determinadas categorías de empleados consulares (véase, por ejemplo, párr. 3 del art. 5 de la convención consular entre Francia y Checoslovaquia, de 3 de junio de 1927, en relación con el párr. 1 del art. 4).

64. Sin embargo, sería un error suponer que todas las convenciones consulares consagran el principio de la inviolabilidad personal. Muchas se limitan a prever la exención de jurisdicción en lo que se refiere a los actos propios de la función: véanse, a este respecto, las convenciones consulares entre Italia y Turquía, de 9 de septiembre de 1929 (párr. 2 del art. 11); entre la URSS y Albania, de 18 de septiembre de 1957 (art. 6); entre la República Democrática Alemana y Checoslovaquia, de 24 de mayo de 1957 (art. 7); entre la URSS y la República Popular Democrática de Corea, de 16 de diciembre de 1957 (art. 6); entre la URSS y la República Popular de Hungría, de 24 de agosto de 1957 (art. 5); entre la URSS y Checoslovaquia, de 5 de octubre de 1957 (art. 4); entre la URSS y la República Popular de Rumania, de 4 de septiembre de 1957 (art. 6); entre la URSS y la República Popular de Bulgaria, de 12 de diciembre de 1957 (art. 6); entre la URSS y la República Popular de Mongolia (art. 6); entre la URSS y la República Democrática de Viet Nam, de 5 de junio de 1959 (art. 6); entre la URSS y la República Popular de China, de 23 de junio de 1959 (art. 6).

65. En los casos de proceso judicial, detención o acusación de un jefe de oficina o de un funcionario consular, muchas convenciones disponen que el gobierno en cuyo territorio se ha cometido uno de los actos mencionados, tiene el deber de informar sin demora o incluso con antelación al representante diplomático del Estado de que depende el funcionario consular. Véanse, a este respecto, las convenciones entre Italia y Yugoslavia, de 21 de agosto de 1924 (art. 16); entre Italia y Checoslovaquia, de 1.º de marzo de 1924 (párr. 2 del art. 7); entre Francia y Polonia, de 30 de diciembre de 1925 (párr. 3 del art. 4); entre Bélgica y Polonia, de 12 de junio de 1928 (párr. 7 del art. 6); entre Bulgaria y Polonia, de 22 de diciembre de 1934 (párr. 2 del art. 12); entre la URSS y la República Federal de Alemania, de 23 de junio de 1959 (párr. 3 del art. 8); entre la URSS y Austria, de 28 de febrero de 1959 (párr. 3 del art. 7).

66. Por último, en algunas convenciones se dispone que por todos los asuntos que no tienen que ver con el ejercicio de sus funciones, los cónsules están sometidos a la jurisdicción del Estado de residencia. Esta disposición excluye, al parecer, toda inviolabilidad, excepto la que va implícita en la inmunidad de jurisdicción que tienen los cónsules por los actos propios de sus funciones. Así, por ejemplo, el tratado de amistad y de relaciones consulares entre Dinamarca y Paraguay, de 18 de julio de 1903, estipula que los cónsules están sometidos, en cuanto a su persona y a sus bienes y en todo lo que no concierne a las funciones oficiales, a las leyes del país en que residen, al igual que las demás personas particulares⁸². Se encuentra una fórmula análoga en la convención consular entre Italia y Turquía, de 9 de septiembre de 1929 (párr. 2 del art. 11)⁸³.

c) Legislaciones y prácticas nacionales

67. En las legislaciones nacionales se hallan igualmente disposiciones muy interesantes para el tema tratado en

esta parte del informe. Estas disposiciones pueden calificarse en cuatro grupos. Primero, hay disposiciones que reconocen la inviolabilidad de los cónsules y van acompañadas de excepciones análogas a las que se encuentran en las convenciones consulares. En el segundo grupo entran las disposiciones que supeditan la iniciación de un procedimiento judicial contra los cónsules al consentimiento previo del poder ejecutivo o que reservan a los tribunales superiores la jurisdicción sobre los cónsules. Vienen luego las legislaciones que no confieren inviolabilidad a los cónsules y a los funcionarios consulares, pero que les garantizan algunas ventajas o facilidades cuando son detenidos. En fin, el cuarto grupo comprende las disposiciones de derecho penal que tienen por objeto proteger a la persona del cónsul.

68. Entre las disposiciones que garantizan a los cónsules amplia inviolabilidad, cabe citar, en primer término, el decreto de 14 de enero de 1927 referente a las misiones diplomáticas y consulares de los Estados extranjeros en el territorio de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Este decreto sienta el principio de que los representantes consulares extranjeros gozan, siempre que haya reciprocidad, de los privilegios e inmunidades correspondientes a su condición jurídica según las normas del derecho internacional (art. 11). A continuación, se enumeran en el mismo artículo, como ejemplos, los principales privilegios e inmunidades y, después de reconocer la inmunidad de jurisdicción por todos los actos que los cónsules puedan realizar con carácter oficial (inciso c)), se estipula que los cónsules extranjeros sólo pueden ser privados de libertad en virtud de una decisión judicial que tenga fuerza de cosa juzgada. La prisión preventiva de los cónsules extranjeros sólo puede autorizarse en virtud de una decisión del órgano competente de la instrucción judicial y únicamente en el caso de que esta instrucción se inicia contra los cónsules por infracciones que sean de la incumbencia del tribunal supremo de la URSS, de los tribunales supremos de las Repúblicas de la Unión, de los tribunales regionales (y de los tribunales que les corresponden) y de los tribunales militares (inciso d) del párr. 11)⁸⁴. Ese decreto está en vigor en todas las Repúblicas de la Unión.

69. Según lo dispuesto en el artículo 84 del Código Administrativo de la República Socialista Soviética de Ucrania, las autoridades de policía y los órganos del departamento de la instrucción criminal no pueden detener a los representantes consulares de los Estados extranjeros⁸⁵.

70. En Noruega, el rescripto de 8 de abril de 1771 confiere a los cónsules en el ejercicio de sus funciones la inmunidad de la jurisdicción noruega por lo que se refiere a su persona. Ese rescripto precisa que si el cónsul es propietario de una casa o de otros bienes en Noruega, tiene todas las obligaciones y responsabilidades correspondientes. Añade que cuando el cónsul se dedica a actividades comerciales se halla sometido a la Constitución y a las leyes noruegas y también, por consiguiente, a la jurisdicción del lugar en que resida, como los demás súbditos noruegos⁸⁶.

⁸² *British and Foreign State Papers*, vol. XCVI, pág. 573; *Série législative des Nations Unies* (ST/LEG/SER.B/7), pág. 430.

⁸³ Sociedad de Naciones. *Recueil des Traités*, vol. CXXIX, pág. 196; *Série législative des Nations Unies* (ST/LEG/SER.B/7), pág. 452.

⁸⁴ *Série législative des Nations Unies* (ST/LEG/SER.B/7), pág. 339; Sabanin, *op. cit.*, pág. 328.

⁸⁵ *Série législative des Nations Unies*, *loc. cit.*, pág. 328.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 224.

71. En Haití, la ley de 27 de agosto de 1912 estipula en el artículo 26 que, en condiciones de reciprocidad, los miembros del servicio consular extranjero que sean ciudadanos del país que los envía y no ejerzan ninguna actividad comercial o industrial, sólo podrán ser detenidos en el caso de un delito calificado y castigado como tal por las leyes de Haití ⁸⁷.

72. Según la ley irlandesa de 1954 sobre convenciones consulares, el cónsul que es nacional del Estado que envía, que no es ciudadano de Irlanda, y no se dedica en este último país a ninguna actividad particular de carácter lucrativo, no podrá ser detenido ni enjuiciado, salvo cuando se le acuse de un delito castigado con una pena de prisión de al menos un año o con pena de trabajos forzados ⁸⁸.

73. El Reglamento del servicio exterior publicado por la República de Filipinas indica, entre las inmunidades que generalmente se confieren a los cónsules en la mayoría de los países, la exención de detención, salvo por los actos calificados como delitos por la ley del país (inciso a, nota 2 al pie de la sección 2, cap. III) ⁸⁹.

74. En algunos Estados cuya legislación no contiene disposiciones especiales que reconozcan la inviolabilidad de los cónsules, las instrucciones gubernamentales han llegado a originar una práctica favorable a la inviolabilidad. En Francia, por ejemplo, se reconoce, al parecer, la exención de detención, siempre que haya estricta reciprocidad, a fin de que el cónsul pueda seguir protegiendo los intereses de su país y de sus nacionales ⁹⁰.

75. En la práctica belga, los cónsules gozan de algunas inmunidades consulares que se definen en convenciones concertadas por Bélgica o que son reconocidas por el uso internacional. Los cónsules no pueden ser detenidos ni ser objeto de prisión preventiva, salvo por infracciones castigadas con un año o más de prisión o con penas más severas ⁹¹.

76. En Finlandia, donde no existe ninguna ley sobre la inviolabilidad de los miembros del personal consular, se otorga a los cónsules de carrera y a los altos funcionarios consulares los beneficios de la inmunidad de jurisdicción para los delitos poco graves ⁹².

77. Al prever expresamente que los cónsules se hallan sometidos a la jurisdicción civil y penal del país de residencia, la legislación de algunos Estados supedita la acción contra los cónsules al consentimiento del gobierno o de otro órgano del Estado, o incluso reserva a los tribunales superiores la jurisdicción sobre los cónsules en materia civil o penal. Así, en el Brasil, el Decreto N.º 855, de 6 de noviembre de 1851, que regula las exenciones y atribuciones de los cónsules extranjeros, estipula que los cónsules (agentes consulares) extranjeros están sometidos a las autoridades del país en materia civil y en lo que respecta a las infracciones personales (art. 17). Sin embargo, dispone que un cónsul no puede

ser encarcelado sin la autorización del Gobierno del Brasil, salvo cuando se trate de infracciones que haya cometido en calidad de comerciante o de infracciones cuya gravedad excluya la libertad bajo fianza (as do not admit bail). El Gobierno del Brasil puede autorizar al tribunal competente para que juzgue al cónsul o, por razones importantes, entregarlo al gobierno del Estado que envía o, cuando estas medidas no sean suficientes, expulsarlo del país o retirarle el exequátur ⁹³. En el Japón, el Reglamento de 1923, sobre las obligaciones de la policía judicial, pertenece a la misma categoría de disposiciones legislativas, pues estipula que sin las instrucciones del fiscal no puede entablarse ningún proceso contra los cónsules y los funcionarios consulares nacionales del Estado que los ha nombrado, cuando se sospeche que han cometido una infracción. Sin embargo, esta disposición no era aplicable en el caso de una infracción grave, en el que no se concedía ningún plazo ⁹⁴.

78. Según la práctica de Suiza, los altos funcionarios consulares sólo gozan de inmunidad de jurisdicción por los actos propios de sus funciones, se trate de cónsules de carrera u honorarios, de nacionalidad suiza o extranjera. Sin embargo, no puede entablarse ningún procedimiento civil o penal contra un jefe de oficina consular sin una decisión del Departamento político. Además, la costumbre y la cortesía internacionales recomiendan, según la práctica suiza, que se observen las reglas siguientes respecto de los altos funcionarios consulares :

a) No someterlos a la jurisdicción local por delitos de poca importancia (multa);

b) Llegado el caso, enviarles la notificación de la multa a su domicilio particular y no emplear a ese fin un formulario impreso;

c) No exigirles testimonio, sino invitarlos a declarar por escrito o verbalmente, ante el representante de un tribunal ⁹⁵.

79. Entre las legislaciones que reservan a los tribunales superiores la jurisdicción sobre los cónsules extranjeros, cabe citar, en primer término, la Constitución de Argentina, según la cual la Corte Suprema tiene competencia para conocer de las causas en que se versen los privilegios y exenciones de los cónsules y vicecónsules extranjeros en su carácter público (arts. 100 y 101 de la Constitución y art. 1 de la ley 48), mientras que sus negocios particulares son de la incumbencia de los jueces nacionales de sección (párr. 3 del art. 2 de la ley 48) ⁹⁶. En los Estados Unidos de América, los tribunales federales de distrito, con exclusión de los tribunales de los Estados de la Unión, tienen competencia para todas las acciones y procedimientos contra los cónsules y vicecónsules de los Estados extranjeros (Código de los Estados Unidos, ed. de 1952, título 28, art. 1351) ⁹⁷.

80. Como ejemplos de legislaciones que, sin admitir ninguna exención de encarcelamiento o de detención, confieren algunas ventajas o privilegios a los cónsules extranjeros en el caso de detención, pueden citarse, en particular, las leyes de los Estados Unidos de América y de Honduras.

⁸⁷ A. H. Feller y Manley O. Hudson, *A Collection of the Diplomatic and Consular Laws and Regulations of Various Countries*, Washington, D. C. Carnegie Endowment for International Peace, 1933, vol. I, pág. 628.

⁸⁸ *Série Législative, loc. cit.*, pág. 173.

⁸⁹ *Ibid.*, pág. 238.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 122.

⁹¹ *Ibid.*, pág. 24.

⁹² *Ibid.*, pág. 114.

⁹³ Feller-Hudson, *op. cit.*, pág. 156.

⁹⁴ Feller-Hudson, *op. cit.*, vol. I, pág. 729.

⁹⁵ *Série législative, loc. cit.*, pág. 311.

⁹⁶ Véase la traducción inglesa de esas leyes en — Lauterpacht, *Annual Digest*, 1933-1934, pág. 394.

⁹⁷ *Série Législative, loc. cit.*, pág. 384.

81. Según las disposiciones legislativas de los Estados Unidos de América, los miembros del personal consular extranjero en los Estados Unidos están sometidos a la jurisdicción local, salvo por los actos propios de la función, a menos que se disponga otra cosa en los tratados internacionales. Por lo que hace a la detención y al enjuiciamiento por otros actos, esas disposiciones prevén que los cónsules y los miembros del personal consular extranjero sean tratados con respeto y cortesía⁹⁸. La ley N.º 109, de 14 de marzo de 1906, sobre las misiones consulares extranjeras en Honduras, garantiza que el funcionario detenido podrá ser llevado a la oficina consular y dispondrá del tiempo necesario para poner en orden los informes y los documentos del consulado, sellarlos y ponerlos en lugar seguro (arts. 51 y 52)⁹⁹.

82. Varias legislaciones protegen a los cónsules de un Estado extranjero contra ofensas o ataques de terceros. Por ejemplo, el Código penal de Polonia de 1932 castiga la injuria a un cónsul extranjero en el ejercicio de sus funciones oficiales con una pena de prisión hasta de dos años (art. 132). El culpable de agresión o amenazas a un cónsul de un Estado extranjero durante el ejercicio de sus funciones oficiales o con ocasión de las mismas, puede ser castigado con una pena de prisión hasta de cinco años¹⁰⁰.

83. En Israel, según lo dispuesto en el artículo 77 de la Ordenanza de 1936 sobre el Código penal, la publicación de un texto, diseño o imagen que tenga por objeto denigrar, insultar o exponer al odio o al desprecio públicos a un dignatario de un Estado extranjero (por consiguiente, a un cónsul también), se considera como un delito y puede ser castigada con una multa de 100 libras. Si la publicación puede tener o tiene por objeto poner en peligro la paz y la amistad entre Israel y cualquier otro Estado o territorio, ese acto se castiga como el delito correspondiente¹⁰¹.

SECCIÓN III. PROPUESTAS DE CODIFICACIÓN

A

Se plantea el problema de saber si la exención de detención y de encarcelamiento debe reconocerse a favor de los funcionarios consulares sólo durante el período anterior a la condena, salvo desde luego en caso de infracciones particularmente graves, o sea, si se trata de excluir únicamente la detención o la prisión preventiva o si se debe conceder dicha exención incluso en el caso en que los funcionarios consulares sean condenados por una infracción de menor importancia. Hay, al parecer, razones muy importantes a favor de esta última solución. El encarcelamiento de un cónsul o de otro funcionario consular hace imposible o, por lo menos, considerablemente difícil, el desempeño de las tareas cotidianas del consulado, y ello es tanto más grave cuanto que muchos asuntos del consulado no pueden

⁹⁸ *U. S. Foreign Service Manual*, vol. I, parte I, sección 232.1; *Série législative*, loc. cit., pág. 375.

⁹⁹ *Ibid.*, pág. 159.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pág. 245.

¹⁰¹ *Ibid.*, pág. 179 y 180. En la legislación de Israel, sancionada en 1948, se estatuye que en cuanto atañe a éste Estado, la denominación de «Palestina», que aparece en la Ordenanza de 1936, será reemplazada por la de «Israel».

sufrir demora (expedición de pasaportes, de visados y de otros documentos de viaje, legalización de firmas, de documentos y de facturas comerciales, expedición de certificados de nacionalidad, actividades múltiples en materia de navegación, etc.). Una medida de esa índole no sólo redundaría en perjuicio del Estado que envía, sino, también, del Estado de residencia y afecta gravemente las relaciones consulares entre los dos Estados interesados. Sería, pues, peligroso admitir que el funcionamiento de un consulado pueda ser detenido o gravemente dificultado en cualquier momento por las autoridades judiciales locales, que intervengan en todos los casos de infracción, aun cuando se trate de infracciones de poca importancia. Dada la importancia, de las funciones consulares, sólo debería permitirse el encarcelamiento de los funcionarios consulares en el caso de que fueran condenados por haber cometido un delito. No parece haber objeciones de principio contra esta solución. Sobre todo, no debería alegarse contra ella que, debido a la imposibilidad de ejecutar las sentencias por infracciones de menor importancia, la condena no tendría ningún sentido y la exención de la ejecución de una condena dictada por un tribunal haría ilusorio el ejercicio del poder judicial. En primer lugar, las legislaciones penales de un gran número de países prevén en el caso de infracciones poco graves, sanciones pecuniarias, bien con carácter exclusivo o como subsidiarias a una pena de privación de libertad. Además, muchas legislaciones permiten conceder al delincuente la libertad condicional, es decir, la suspensión de la ejecución de la sentencia a condición de que no cometa otra infracción en un plazo fijado por la ley. Por último, la condena por una infracción de poca gravedad, incluso si no puede ser ejecutada contra el funcionario consular mientras desempeñe funciones oficiales en el Estado de residencia, podrá ser siempre motivo para que éste pida el retiro del funcionario contra el que se ha dictado la condena si, en opinión del gobierno del Estado de residencia, la gravedad de la infracción cometida justifica tal medida. Además, el hecho de que la solución recomendada haya sido adoptada en muchas convenciones consulares constituye el mejor argumento en su favor. Su adopción, al mismo tiempo que deja intacto el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado de residencia sobre los funcionarios consulares, garantizaría a estos últimos la inviolabilidad personal en todos los casos en que la ejecución de la sentencia resultaría sin duda desproporcionado con el perjuicio que ocasionaría al ejercicio de las funciones y de las relaciones consulares. Los intereses legítimos del Estado de residencia estarían salvaguardados plenamente ya que la exención mencionada no se admitiría cuando se tratara de una condena por una infracción particularmente grave. Las razones indicadas tienen validez también en el caso de la exención de los funcionarios consulares de toda medida de ejecución que implique una limitación de la libertad personal (apremio, encarcelamiento a fin de obligar al deudor a realizar un acto en el que no puede estar representado, etc.), salvo en el caso en que se dediquen al comercio o a otra ocupación privada de carácter lucrativo.

B

El análisis sumario de las convenciones consulares y demás acuerdos aplicables en la materia, de las opiniones de la doctrina, de la jurisprudencia de los tribunales

nacionales y de la práctica de los Estados, permite obtener una base de acuerdo lo suficientemente amplia para poder esperar razonablemente que los Estados acepten una propuesta basada en las conclusiones siguientes:

1) Los actos realizados por los cónsules y los demás miembros del personal consular en el ejercicio de sus funciones están excluidos de la jurisdicción del Estado de residencia en todos sus aspectos, y por lo tanto en materia penal.

2) En lo que se refiere a los actos que no hayan sido realizados en el ejercicio de las funciones consulares, los cónsules y demás miembros del personal consular están sometidos, salvo disposiciones contrarias de los tratados internacionales, a la jurisdicción del Estado de residencia.

3) Los funcionarios consulares que no son nacionales del Estado de residencia y que no ejercen en éste ninguna actividad privada de carácter lucrativo, gozan de inviolabilidad personal, salvo:

a) Si se trata de la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal por una infracción castigada con una pena de prisión de al menos un año y que sea pasada en autoridad de cosa juzgada, o

b) Si el funcionario consular es sorprendido en delito flagrante y se trata de una infracción penal contra la vida o la libertad personal.

4) Si se instruye un proceso penal contra un funcionario consular, los intereses de la función consular y el respeto debido al Estado que envía al cónsul exigen que este proceso se conduzca de modo que no obste el funcionamiento del consulado y no menoscabe inútilmente los intereses encomendados al consulado mismo.

C

En consecuencia, el Relator Especial propone que en el proyecto de artículos provisionales sobre relaciones e inmunidades consulares se inserte el artículo siguiente:

Artículo...

Inviolabilidad personal

1. Los funcionarios consulares que no sean nacionales del Estado de residencia y no ejerzan en él el comercio ni ninguna otra ocupación de carácter lucrativo, sólo podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva cuando sean sorprendidos en delito flagrante y cuando se trate de un delito contra la vida o la libertad personal.

2. Salvo el caso previsto en el párrafo primero del presente artículo, los funcionarios consulares a que se refiere dicho párrafo sólo podrán ser encarcelados o sometidos a otra medida de limitación de su libertad personal cuando se trate de la ejecución de una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, por una infracción castigada con una pena de prisión de al menos un año.

3. En el caso en que se entable un procedimiento penal contra un funcionario consular no podrá obligársele nunca a comparecer ante el tribunal. Este podrá invitarle por escrito a que se presente a declarar. Si el funcionario se niega a hacerlo, el tribunal le pedirá que declare por escrito, cuando

la legislación del Estado de residencia la autorice. En caso contrario, la autoridad judicial se trasladará a la residencia del funcionario, a fin de recoger su declaración en las formas prescritas por la legislación del Estado de residencia.

4. En el caso de detención de los funcionarios consulares mencionados en el párrafo primero del presente artículo o de una causa criminal entablada contra ellos, el Estado de residencia está obligado a informar sin demora al representante diplomático del Estado que envía al funcionario consular, salvo el caso en que éste haya sido sorprendido en delito flagrante.

SEGUNDA PARTE

Uso de la cláusula de la nación más favorecida en materia de relaciones e inmunidades consulares

SECCIÓN I

1. Introducción

1. Como las funciones y las inmunidades de los cónsules se fundan en gran parte en los tratados internacionales que les reconocen atribuciones, privilegios e inmunidades que exceden el derecho internacional consuetudinario, la cláusula de la nación más favorecida tiene una importancia considerable. El análisis de los tratados y sobre todo de las convenciones consulares, demuestra que los Estados la han usado desde hace mucho tiempo para garantizar el establecimiento de consulados en ciudades y puertos abiertos a la representación consular de todos los países extranjeros, para generalizar el régimen de privilegios, exenciones e inmunidades, como también de otras ventajas concedidas a los cónsules y para obtener para sus cónsules las atribuciones más amplias que podían concederse a los cónsules de cualquier Estado extranjero.

2. Para poder decidir si es posible y conveniente insertar la cláusula de la nación más favorecida en una codificación del derecho consular, hay que recordar los principios esenciales que rigen esta cláusula, teniendo en cuenta las posibilidades de su aplicación en el ámbito particular de las relaciones e inmunidades consulares.

2. Consideraciones generales

3. La cláusula de la nación más favorecida es una disposición de orden convencional por la cual las partes contratantes se confieren mutuamente el derecho a obtener las condiciones más ventajosas que concedan o puedan conceder en lo futuro a un tercer Estado¹⁰².

¹⁰² Véase: Calvo, *Droit international théorique et pratique*, 4.^a ed., tomo IV, pág. 1.597; Suzanne Basdevant, « Clause de la nation la plus favorisée », *Répertoire de droit international*, París 1927, tomo 3, pág. 467; Anzilotti, *Cours de droit international*, París 1929, págs. 432 a 439; Scelle, *Règles générales du droit de la paix*, *Recueil des cours*, tomo 46/1933-IV, págs. 461 a 464; Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford 1938, págs. 285 a 306; Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, París 1944, págs. 464 y sig.^{tes}; Kozhevnikov, *Uchebnoie posobie po mezhdunarodnomu pravu*, Moscú 1947, págs. 124 y sig.^{tes}; H. F. Oppenheim, *La clause de la nation la plus favorisée dans la pratique internationale de la Suisse*, Zurich 1948, pág. 23; Hershey, *The*

Por consiguiente, su objeto es el de generalizar las ventajas que una de las partes contratantes conceda a un tercer Estado, ya sean de orden general, ya se refieran a ciertos aspectos particulares. En este sentido constituye un medio importante para alcanzar la finalidad que se propone el párrafo 2 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, a saber : « fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos... de los pueblos ».

4. Por lo tanto, la cláusula constituye una promesa de conceder de derecho y sin compensación a la otra parte contratante, a sus agentes, nacionales, mercancías o naves, el mismo trato que a un tercer Estado. Los Estados que aceptan la cláusula de la nación más favorecida se obligan, sea generalmente, sea en un aspecto determinado de las relaciones internacionales, a no hacer ninguna distinción respecto de la otra parte contratante y a reconocerle en el acto la misma situación que reconozca o pueda reconocer a cualquier otro Estado ¹⁰³.

5. De lo dicho se deduce que la esencia misma de la cláusula es la extensión *ipso facto* de cualquier ventaja concedida o que pueda concederse a otro Estado (Estado favorecido). La finalidad principal de la cláusula es poner al Estado al que se aplica en las mismas condiciones que otros Estados en un mercado o un territorio determinado. Pero la igualdad de trato en relación con otros Estados no significa igualdad de privilegios en la misma esfera en relación con el Estado que los concede, puesto que el trato que se da a otros Estados no es necesariamente idéntico en los dos Estados vinculados por la cláusula. Si dos Estados A y B han convenido en una cláusula de la nación más favorecida y el Estado B concede luego un privilegio (al que se aplica la cláusula) al Estado C, el Estado A adquiere en el acto derecho al mismo privilegio, sin estar por ello obligado a conceder por su parte al Estado B ningún privilegio.

6. El régimen de la nación más favorecida se establece, por regla general, por un tratado, pero también se lo puede establecer en provecho de otro Estado unilateralmente, en virtud de una ley, de un decreto o de una declaración gubernamental ¹⁰⁴.

7. Con excepción del caso a que se refiere el párrafo anterior, el fundamento jurídico del régimen de la nación más favorecida se halla en el tratado básico por el cual los dos Estados se conceden dicho régimen. Este tratado es el que establece la relación jurídica entre el Estado beneficiario y el privilegio concedido a un tercer Estado, sea que la concesión se haga en forma

de un tratado internacional o de una ley nacional, o sea que resulte de un privilegio de hecho ¹⁰⁵.

8. Si se pone término a una convención en la que se concede un privilegio a un tercer Estado, también se extinguen los efectos de la cláusula de la nación más favorecida que se deducen de esta convención. Por consiguiente, el Estado beneficiario pierde los privilegios que había adquirido por la aplicación de esta cláusula. Esta solución lógica ha sido confirmada tanto por la teoría ¹⁰⁶ como por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ¹⁰⁷.

9. La cláusula puede aplicarse en muchas esferas. Puede referirse en particular a las relaciones comerciales y concretamente a las concesiones aduaneras, al establecimiento y la condición jurídica de los extranjeros, a la condición de los representantes diplomáticos y consulares, a la comparecencia y la protección ante los tribunales, a la recaudación de impuestos y gravámenes, a la navegación y especialmente al uso de los puertos, y a las concesiones en materia de protección de la propiedad industrial o de la propiedad literaria y artística ¹⁰⁸.

10. La cláusula de la nación más favorecida aparece ya sea como una cláusula general cuya esfera de aplicación no está limitada, aunque a veces contenga ciertas excepciones que limitan su alcance, ya sea como una cláusula especial en la que se determina su esfera de aplicación, o ya sea como una cláusula limitada que, a veces, se denomina también particular o específica (*spécialisée ou déterminée*), que se aplica únicamente a ciertas mercancías o a ciertos actos o prestaciones ¹⁰⁹. Estas dos últimas formas de la cláusula son las que se utilizan en cuanto a las relaciones e inmunidades consulares.

11. La cláusula de la nación más favorecida adopta, en materia de relaciones e inmunidades consulares, como en otras materias, sea la forma positiva, por la cual los Estados contratantes se conceden el régimen de la nación más favorecida en general en una esfera particular, sea la forma negativa, cuando convienen en que los cónsules o los funcionarios consulares no serán tratados de modo menos favorable que los funcionarios de la misma categoría de cualquier otro Estado. Como ejemplo de la forma positiva, que por otra parte es la más frecuente, puede citarse el artículo 4 del Tratado de paz y de amistad entre la India y el Nepal, de 31 de julio de 1950, que se refiere a la concesión del exequátur a los cónsules (cónsules generales, cónsules, vicecónsules y agentes consulares) y que estipula en su último párrafo que « las mencionadas personas gozarán, a condición de que exista reciprocidad, de todos los derechos, privilegios, exenciones e inmunidades concedidos a las personas de igual categoría que sean nacionales

Essentials of International Public Law and Organization, Revised Edition, Nueva York, 1927, pág. 448 y 449; Guggenheim; *Traité de droit international public*, Ginebra, 1953, tomo I, págs. 104 a 109; A. Verdross, *Völkerrecht*, 2.^a ed., Viena 1950, pág. 468; Oppenheim, *International Law*, 8.^a ed., por Sir. H. Lauterpacht, Londres 1955, vol. I, pág. 972; Guenkin, *Printsip naibolshevo blagopriastvovaniya v torgovij dogovoraj gosudarstv, Sovietskoe gosudarstvo i pravo*, 1958, N.º 9, págs. 22 a 32; A. S. Korolenko, *Torgoviye dogovory i soglasheniya SSSR s innostranymi gosudarstvami*, Moscú 1953; Korovin, *Soviet Treaties and International Law*, *American Journal of International Law*, vol. XXII, 1928, págs. 754 a 762.

¹⁰³ Guenkin, *loc. cit.*, pág. 22, véase también Sibert, *Traité de droit international public*, París 1951, vol. II, pág. 254.

¹⁰⁴ De este modo, se concedieron mutuamente el régimen de la nación más favorecida los Estados Unidos de América y Suiza, desde 1899 hasta 1936, H. F. Oppenheim, *op. cit.*, págs. 47 y 48.

¹⁰⁵ Véase a este respecto el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Anglo-Iranian Oil Co., *C. I. J., Recueil*, 1952, pág. 109.

¹⁰⁶ Véase párr. 3 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre los efectos de la cláusula de la nación más favorecida en materia de comercio y navegación, 23 de abril de 1936. *Tableau général des résolutions de l'Institut*, 1873-1956, Basilea 1957, pág. 132.

¹⁰⁷ Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 27 de agosto de 1952, *C. I. J., Recueil*, 1952, págs. 204 y 205.

¹⁰⁸ Véase el artículo citado de la Sra. Bastid, *op. cit.*, pág. 470.

¹⁰⁹ Guggenheim, *op. cit.*, págs. 108 y 109; H. F. Oppenheim, *op. cit.*, págs. 36 y siguientes.

de otro Estado »¹¹⁰. Como ejemplo de la forma negativa de la cláusula, puede citarse el texto del artículo II del Tratado de amistad entre el Irán y Bélgica, de 23 de mayo de 1929, en el cual las Partes Contratantes convienen en que « los representantes diplomáticos y consulares de cada una de ellas recibirán en el territorio de la otra, a condición de que exista reciprocidad, el trato consagrado por el derecho común internacional, trato que no podrá ser menos favorable que el concedido a los representantes diplomáticos y consulares de la nación más favorecida »¹¹¹. El mismo procedimiento se utiliza en el Acuerdo provisional entre los Estados Unidos de América y Afganistán, de 26 de marzo de 1946 (art. II, *in fine*) y en el Acuerdo de amistad y comercio entre los Estados Unidos de América y Yemen, de 4 de mayo de 1946 (art. II, *in fine*).

12. La cláusula de la nación más favorecida se halla a menudo combinada con la cláusula de la reciprocidad. Esta combinación se encuentra ya en los tratados del siglo XIX. Cabe citar, a título de ejemplo, el Tratado de navegación concertado entre Francia y Suecia y Noruega, el 30 de diciembre de 1881, que, en su artículo 9, contiene la disposición siguiente :

« Los cónsules generales, cónsules, vicecónsules y agentes consulares, como también sus cancilleres, gozarán, en condiciones de reciprocidad, de los mismos privilegios, atribuciones y exenciones de que gocen o gozaren los de las naciones más favorecidas »¹¹².

Sin embargo, dicho artículo excluye del beneficio de esta disposición a los funcionarios consulares que ejerzan el comercio, pues estipula que, en tal caso, « deberán someterse a las mismas leyes y reglamentos a que están sometidos, en el mismo lugar, los particulares de su nación, para sus transacciones comerciales »¹¹³.

13. Por « reciprocidad » debe entenderse la situación en la cual un Estado garantiza a otro, a sus representantes, a sus nacionales, a sus naves y a sus productos un trato igual o equivalente al que este último Estado le garantiza¹¹⁴. La cláusula de reciprocidad, así como la cláusula de la nación más favorecida, puede adoptar, sea una forma general, sea una forma especial, sea una forma limitada. Puede referirse sea a una reciprocidad abstracta o formal, sea a una reciprocidad concreta. La primera asegura la identidad de trato en una esfera determinada, pero no necesariamente las mismas condiciones favorables en un caso determinado como, por ejemplo, cuando uno de los dos Estados concede a un tercer Estado, para una cuestión determinada, el mismo trato que a sus nacionales¹¹⁵. La segunda, por lo contrario, permite a un Estado exigir para sí, para sus representantes, nacionales, naves y productos el mismo trato efectivo que él concede en su territorio al otro Estado, aunque en tal caso el Estado que concede ese trato establezca una distinción entre los nacionales del Estado beneficiario y los de otros Estados extranjeros.

14. La práctica que consiste en insertar la cláusula de reciprocidad en la cláusula de nación más favorecida, cuando se trata de relaciones e inmunidades consulares, se halla muy extendida. Cabe citar, entre las convenciones más recientes, la convención entre Francia y el Canadá, de 12 de mayo de 1933 (art. 8, párr. 2); el Tratado de paz y de amistad entre la India y el Nepal, de 31 de julio de 1950 (art. 4, párr. 3).

15. A menudo, en las convenciones consulares, la cláusula de reciprocidad adopta una forma más explícita. A título de ejemplo, puede citarse la disposición inserta en el párrafo 2 del artículo 14 de la convención consular entre Italia y Turquía, de 9 de septiembre de 1929 :

« Las Altas Partes Contratantes convienen que ninguna de ellas podrá invocar el beneficio resultante de una convención con una tercera Potencia, para reclamar, en favor de sus funcionarios consulares, privilegios e inmunidades distintos o más amplios que los concedidos por ella misma a los funcionarios consulares de la otra Parte. »¹¹⁶.

Muchas convenciones utilizan este procedimiento. Véanse, entre otras, las siguientes : convención de establecimiento y consular entre Albania y Yugoslavia, de 22 de junio de 1926 (art. 8, párr. 2); tratado de comercio y de navegación entre Alemania y Grecia, de 24 de marzo de 1928 (art. 26, párr. 2); convención consular entre Checoslovaquia y Yugoslavia, de 7 de noviembre de 1928 (art. 5, párr. 2); tratado de comercio y de navegación entre Grecia y Yugoslavia, de 2 de noviembre de 1927 (art. 27, párr. 2, *in fine*); tratado consular entre Alemania y Turquía, de 28 de mayo de 1929 (art. 14, párr. 2).

3. Cláusula condicional de la nación más favorecida en la esfera de las relaciones e inmunidades consulares

16. La importancia que en los siglos XVII y XVIII concedían los mercantilistas al comercio exterior, que algunos de ellos, por ejemplo Colbert, concebían como una guerra de dinero¹¹⁷, explica la aparición en los tratados internacionales de la cláusula denominada cláusula condicional de nación más favorecida, a veces, también, cláusula onerosa. Según esta cláusula, el Estado beneficiario sólo puede obtener una ventaja concedida a un tercer Estado mediante una compensación proporcionada por éste, en el caso de que el mismo proporcione también una compensación equivalente. Esta forma de la cláusula fue introducida en la práctica internacional por los Estados Unidos de América en su tratado de amistad y de comercio con Francia, de 6 de febrero de 1778¹¹⁸. Posteriormente, este concepto de la cláusula se extendió en la práctica de algunos Estados, por vía de interpretación, incluso a los casos en que la cláusula convenida estaba redactada en forma incondicional.

¹¹⁰ Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 94, pág. 6.

¹¹¹ Sociedad de Naciones, *Recueil des traités*, vol. CX, pág. 370.

¹¹² Martens, *Nouveau Recueil général des traités*, segunda serie, tomo IX, pág. 195.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Véase : *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, París, Sirey, 1960, pág. 504.

¹¹⁵ La reciprocidad formal en este sentido debe distinguirse de la noción de reciprocidad inherente a todo tratado internacional.

¹¹⁶ Sociedad de Naciones, *Recueil des traités*, vol. CXXIX, pág. 204.

¹¹⁷ Ellul, *Histoire des institutions*, tomo 2, pág. 351.

¹¹⁸ En virtud del artículo II de dicho tratado, ambos Estados se comprometían mutuamente « a no conceder ningún favor particular a otras naciones, en materia de comercio y de navegación, que no se aplique en el acto a la otra parte, que gozará de este favor gratuitamente si la concesión es gratuita, o concediendo la misma compensación, si la concesión es condicional ». Martens, *Recueil des traités*, tomo II, pág. 589.

17. Aplicada en un principio en la esfera comercial, la cláusula condicional de la nación más favorecida se extendió luego a los cónsules en algunos tratados concertados en el siglo XIX. Por ejemplo, el tratado de amistad, de comercio y de navegación firmado el 9 de diciembre de 1834 por Francia y Bolivia estipula en el artículo 30 que los agentes diplomáticos y consulares, los ciudadanos de todas las clases, los buques y mercancías de uno de los dos Estados gozarán, de pleno derecho, en el otro las franquicias, los privilegios y las inmunidades otorgados o que se otorgaren a la nación más favorecida, y a continuación añade :

« gratuitamente, si la concesión es gratuita, o con la misma compensación si la concesión es condicional »¹¹⁹.

La cláusula condicional figura igualmente en la convención consular de 7 de enero de 1876 entre Francia y Grecia (artículo 25)¹²⁰ y en algunas otras convenciones de la misma época.

18. La aplicación de la cláusula condicional presupone un acuerdo con el Estado concedente respecto de la compensación ofrecida que dicho Estado puede aceptar o rechazar a su arbitrio. En algunos tratados se prevé expresamente ese acuerdo. Una cláusula de este tipo encierra toda clase de posibilidades de exigir no sólo en materia económica sino, también, en la esfera política, compensaciones inaceptables para el Estado beneficiario. En vez de garantizar la igualdad de trato, que es la principal finalidad de la cláusula de la nación más favorecida, la cláusula condicional origina distinciones. Por esto, hay que aceptar sin reserva la opinión del Sr. H. F. Oppenheim, quien afirma que la cláusula condicional se denomina equivocadamente cláusula de la nación más favorecida¹²¹. Además, por estas razones, la cláusula condicional ha sido criticada por la mayoría de los tratadistas europeos. Los Estados Unidos de América la abandonaron en materia comercial después de concertar el tratado con Alemania, de 8 de diciembre de 1923 (párr. 4 del art. VII)¹²². Sin embargo, incluso después de esa fecha, el Departamento de Estado ha interpretado como cláusula condicional toda cláusula de la nación más favorecida insertada en los tratados concertados con gobiernos extranjeros sobre privilegios e inmunidades consulares¹²³.

19. Cabe advertir que la cláusula condicional fue condenada expresamente por el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones, precisamente por establecer una distinción¹²⁴. Puede considerarse que, en la actualidad, ya no se la aplica. Por esta razón, la cláusula a

la que se denomina de la nación más favorecida, en lo que sigue de este informe, es la cláusula incondicional.

20. Por último, conviene examinar si las excepciones que el derecho internacional consuetudinario admite en la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, pueden tener alguna significación en cuanto a las relaciones e inmunidades consulares. En efecto, se está generalmente de acuerdo en excluir de la esfera de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida :

- a) El tráfico fronterizo, y
- b) El caso de las uniones aduaneras,

y esto, incluso cuando estas excepciones no han sido estipuladas por las partes contratantes¹²⁵. Estas excepciones se justifican por la esencia misma de la cláusula y por la naturaleza específica de las relaciones económicas y jurídicas de que se trata. Las mismas razones existen para excluir de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida los acuerdos concertados entre Estados sin litoral y los países que los separan del mar con objeto de reglamentar el ejercicio del derecho de todo Estado sin litoral a tener libre acceso al mar¹²⁶.

Cabe concebir casos en que esas excepciones o, por lo menos, algunas de ellas, puedan aplicarse incluso en la esfera del derecho consular. Si un Estado, obligado por una cláusula apropiada de la nación más favorecida, permitiese a uno de sus vecinos establecer un consulado principalmente para facilitar el tráfico fronterizo, lo que podría ser provechoso, sobre todo, en el caso de cesión de una parte del territorio, los terceros Estados no podrían valerse de la cláusula de la nación más favorecida para exigir el establecimiento de su consulado en el mismo lugar.

SECCIÓN II. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN LA ESFERA DE LAS RELACIONES E INMUNIDADES CONSULARES

1. Introducción

21. En la esfera de las relaciones e inmunidades consulares, la cláusula de la nación más favorecida se refiere, las más de las veces :

- a) A los poderes y a los privilegios e inmunidades de los cónsules;
- b) Al trato concedido a los cónsules en general;
- c) A los privilegios, inmunidades y prerrogativas de los cónsules;
- d) A inmunidades o ventajas particulares;
- e) Al establecimiento y localización de los consulados.

2. Cláusula referente a los poderes, privilegios e inmunidades de los cónsules

22. En muchos tratados se amplía la cláusula de la nación más favorecida para que abarque las funciones de los cónsules, pero se utilizan expresiones distintas (poderes, funciones, atribuciones, competencia, condición

¹¹⁹ De Clerq, tomo 4, 1824-1842, pág. 294; *British and Foreign State Papers*, vol. XXII, pág. 186.

¹²⁰ Martens, *Nouveau Recueil général des traités*, 2.ª serie, tomo IV, pág. 381.

¹²¹ *Op. cit.*, pág. 41.

¹²² Martens, *Nouveau Recueil général de traités*, 3.ª serie, vol. XVII, págs. 353 y siguientes.

¹²³ Hackworth, *Digest of International Law*, vol. IV, pág. 702 y los ejemplos que cita.

¹²⁴ « El carácter esencial de la cláusula de la nación más favorecida es impedir toda discriminación, en cambio que la cláusula condicional, por su naturaleza misma, tiene un carácter discriminatorio; no tiene ninguna de las ventajas de la cláusula de la nación más favorecida propiamente dicha, que tiende a suprimir los conflictos económicos y a simplificar el comercio internacional, y a asentarlo en bases sólidas. » (Sociedad de Naciones, documento E/805, 1933, II, pág. 7; citado por H. F. Oppenheim, *op. cit.*, pág. 43.)

¹²⁵ Riedl, *Ausnahmen von der Meistbegünstigung*, Viena, 1931, pág. 5.

¹²⁶ Esta excepción a la cláusula de la nación más favorecida fue reconocida por la conferencia preliminar de los Estados sin litoral celebrada en Ginebra del 10 al 14 de febrero de 1958; véase el preámbulo de la declaración final, reproducido en el documento A/CONF.13/C.5/L.1 de la Conferencia sobre el Derecho del Mar.

jurídica general, derechos). Por ejemplo, el tratado de navegación y de comercio concertado por Rusia y los Estados Unidos de América el 18 de diciembre de 1832, en virtud del cual se confería a las partes contratantes la facultad de tener en sus respectivos puertos los cónsules, vicecónsules, agentes y comisarios que escogiesen, estipulaba que estos últimos tendrían los *mismos privilegios y poderes* que los de la nación más favorecida (art. VIII)¹²⁷. Se halla la palabra « poderes » en otros tratados, por ejemplo, en el tratado de comercio y de navegación entre Alemania y Suecia, de 14 de mayo de 1926 (párr. 2, art. 22) y en el Acuerdo comercial entre Finlandia y Suecia, de 14 de diciembre de 1927 (párr. 2 del art. 14).

23. El Tratado de comercio y de navegación firmado por la Gran Bretaña e Italia el 6 de agosto de 1863 contiene, en el artículo XIII, una cláusula parecida. Estipula que los cónsules generales, cónsules, vicecónsules y agentes consulares sólo entrarán en funciones cuando hayan sido aprobados y admitidos según las formas usuales por el gobierno ante el cual sean enviados, y añade lo siguiente :

« Ejercerán todas las funciones y gozarán de todos los privilegios, exenciones e inmunidades que hayan sido o sean concedidos a los cónsules de la nación más favorecida »¹²⁸.

24. Otros tratados utilizan, además de la expresión referente a los privilegios, exenciones e inmunidades, el término « atribuciones »; así ocurre, por ejemplo, en el Tratado de comercio entre Hungría y Checoslovaquia, de 31 de marzo de 1927 (párr. 2 art. XXIX) y en el Acuerdo comercial provisional entre Alemania y la Unión Belgo-Luxemburguesa, de 4 de abril de 1925 (párr. 2 art. 14).

Con menos frecuencia la cláusula menciona la *competencia* de los cónsules, por ejemplo, en el Tratado de comercio entre Grecia y Yugoslavia, de 2 de noviembre de 1927 (párr. 2 del art. 27).

La convención de 15 de diciembre de 1925 entre la URSS y Noruega contiene una cláusula de la nación más favorecida que menciona también la condición jurídica general de los cónsules. Está redactada en los términos siguientes : « En lo que respecta a las prerrogativas, las inmunidades, las exenciones y, en general, la condición jurídica de los representantes consulares admitidos a ejercer sus funciones en el territorio de la otra parte, las Altas Partes Contratantes convienen en concederse mutuamente el trato de la nación más favorecida » (párr. 2 del art. 1)¹²⁹.

25. Sin embargo, el término « derechos » es el que a menudo se encuentra junto a los privilegios e inmunidades consulares. Como puede verse si se lo comparara con los términos de otros textos auténticos de tratados, ese término comprende, en la mayoría de los casos, a los poderes de los cónsules.

26. Existen muchos tratados que contienen, en una forma u otra, la cláusula de la nación más favorecida con referencia a los poderes o funciones de los cónsules. Basta citar, como ejemplos, la Convención entre Alemania y Austria, de 1.º de septiembre de 1920, relativa

a las relaciones económicas (párr. 2 del art. 25); el Tratado de comercio y de navegación entre los Estados Unidos de América y Alemania, de 8 de diciembre de 1923 (párr. 2 del art. XVII); el Tratado entre la Gran Bretaña y Afganistán, de 22 de noviembre de 1921, para el establecimiento de relaciones de buena vecindad (art. 5); el Tratado de comercio y de navegación entre la Gran Bretaña y Grecia, de 16 de julio de 1926 (párr. 2 del art. 22); la Convención de comercio entre Grecia y Suecia, de 10 de septiembre de 1926 (párr. 2 del art. 10); la Convención de establecimiento y de protección entre Grecia y Suiza, de 1.º de diciembre de 1927 (párr. 3 del art. 12); el Acuerdo comercial entre Francia y Alemania, de 17 de agosto de 1927 (párr. 2 del art. 46); el Tratado de comercio y de navegación entre Alemania y Yugoslavia, de 6 de octubre de 1927 (párr. 2 del art. 29); la Convención de comercio y de navegación entre Grecia y Noruega, de 29 de junio de 1927 (párr. 2 del art. 10); el Tratado de amistad entre Polonia e Irán, de 19 marzo de 1927 (art. III); la Convención de comercio y de navegación entre Hungría y Suecia, de 8 de noviembre de 1928 (párr. 2 del art. 13); el Tratado de comercio entre Colombia y Suecia, de 9 de mayo de 1928 (párr. 2 del art. III); el Tratado de comercio entre Austria y Dinamarca, de 6 de abril de 1928 (párr. 2 del art. XIX); la Convención de comercio y de navegación entre Dinamarca y Grecia, de 22 de agosto de 1928 (párr. 2 del art. XI); el Tratado de comercio, de navegación y consular entre los Estados Unidos de América y Alemania, de 8 de diciembre de 1923 (párr. 2 del art. XVII); la Convención consular entre los Estados Unidos de América y Filipinas, de 14 de marzo de 1947 (art. XIV); el Tratado entre la República de Filipinas y el Estado español sobre derechos civiles y atribuciones consulares, de 20 de mayo de 1948 (párr. 4 del art. IV); la Convención consular entre los Estados Unidos de América y Costa Rica, de 12 de enero de 1948 (párr. 2 del art. 1); el Tratado de paz y amistad entre la India y Nepal, de 31 de julio de 1950 (párr. 3 del art. 4).

27. El Tratado de comercio y de navegación firmado por Alemania y Grecia el 24 de marzo de 1928 utiliza, junto a la palabra « derechos », el sustantivo « capacidades » (Befugnisse) en el párrafo 1 del artículo 26.

3. Cláusula referente al trato concedido a los cónsules en general

28. En otros tratados y convenciones, la cláusula de la nación más favorecida se refiere al trato concedido a los cónsules en general. Puede citarse, como ejemplo, el párrafo 4 del artículo 1 del canje de notas entre Irán y Suecia, de 30 de julio y 9 de agosto de 1928 :

« El trato concedido a los representantes diplomáticos y consulares de Persia en el territorio de Suecia, en condiciones de reciprocidad, no será en ningún caso inferior al que se conceda a la nación más favorecida. »

29. Se encuentran fórmulas de esta índole en varios tratados, entre los cuales conviene citar el Acuerdo provisional entre los Estados Unidos de América y Afganistán, de 26 de marzo de 1936 (art. II); el Tratado de amistad entre Bélgica e Irán, de 23 de marzo de 1929 (párr. 2 del art. II); el Acuerdo provisional entre los Estados Unidos de América y Arabia Saudita, de 7 de noviembre de 1933 (art. 1); el Acuerdo provisional entre los Estados

¹²⁷ *British and Foreign State Papers*, vol. XX, pág. 271.

¹²⁸ *Ibid.*, vol. LIII, pág. 39.

¹²⁹ Sociedad de Naciones, *Recueil des traités*, vol. XLVII, pág. 10.

Unidos de América y Filipinas, de 4 de julio de 1946 (art. 3, *in fine*) y otros.

4. Cláusula referente a los privilegios y las inmunidades consulares

30. Los Estados recurren con gran frecuencia a la cláusula de la nación más favorecida para garantizar a sus funcionarios consulares los privilegios, inmunidades y ventajas de toda índole que pudieran concederse a los funcionarios consulares de un tercer Estado. Así, por ejemplo, la Convención de 12 de mayo de 1933 entre Canadá y Francia relativa a los derechos de los nacionales y las cuestiones de comercio y de navegación, contiene en el párrafo 2 del artículo 8 una disposición redactada en los términos siguientes :

« Los jefes de oficina, titulares o interinos, y los agentes del servicio consular, cancilleres, agregados y otros, gozarán, en condiciones de reciprocidad, de los privilegios, inmunidades y exenciones personales que hayan sido o sean otorgados a los agentes de la misma clase y categoría de la nación extranjera más favorecida. »¹³⁰

En el mismo artículo, las Partes Contratantes se comprometen a concertar una convención para determinar y precisar los poderes y funciones de esos agentes (párr. 3).

31. En algunas convenciones, se enumeran los privilegios e inmunidades esenciales y se estipula la cláusula de la nación más favorecida para las ventajas no especificadas en la convención. Puede citarse, como ejemplo de esa modalidad, el artículo 13 del Convenio entre Cuba y los Países Bajos, de 31 de diciembre de 1913 :

« Los Cónsules generales, Cónsules, Vicecónsules y Agentes consulares cubanos en las colonias holandesas gozarán, además de lo que en la presente Convención se especifica, de cuantos privilegios, exenciones e inmunidades disfruten ya, o en lo futuro hayan de disfrutar, los funcionarios de idéntica categoría de la nación más favorecida. »¹³¹

Se encuentra una fórmula análoga en la Convención consular entre Chile y los Países Bajos, de 4 de noviembre de 1913 (art. 13). El mismo procedimiento se utiliza en el Tratado consular, de derechos civiles y comerciales y establecimiento entre Grecia y Líbano, de 6 de octubre de 1948 (art. 32).

32. Entre las convenciones más recientes, hay muchas que utilizan la cláusula de la nación más favorecida, limitándola a los privilegios e inmunidades consulares. Conviene citar, entre otras, la Convención consular entre Italia y Checoslovaquia de 1.º de marzo de 1924 (art. 5), que menciona las exenciones, prerrogativas, inmunidades, honores y privilegios; la Convención consular y de establecimiento entre Albania y Yugoslavia, de 22 de junio de 1926 (párr. 1 del art. 8); el Tratado de amistad, de comercio y de navegación entre Noruega y Tailandia, de 16 de julio de 1926 (párr. 3 del art. XVII); el Tratado consular, de navegación, de derechos civiles y comerciales y de establecimiento entre España y Grecia, de 23 de septiembre de 1926 (párr. 1 del art. 10); la Convención de comercio y de navegación entre Chile y

Noruega, de 9 de febrero de 1927 (párr. 2 del art. 4); la Convención de comercio y de navegación entre Finlandia y Checoslovaquia, de 2 de marzo de 1927 (párr. 2 del art. 14); el Canje de notas referente a la representación diplomática y consular entre los Estados Unidos de América y Nepal, de 25 de abril de 1947 (art. 2, *in fine*); el Canje de notas que constituye acuerdo de amistad y de comercio entre los Estados Unidos de América y Yemen, de 4 de mayo de 1946 (art. II); el Acuerdo provisional entre los Estados Unidos de América y Filipinas, de 4 de julio de 1946, referente a las relaciones amistosas entre los dos países y su representación diplomática y consular (art. III).

5. Cláusula referente a una inmunidad determinada

33. En algunos casos, la cláusula de la nación más favorecida se refiere sólo a una ventaja o a una inmunidad determinada. Por ejemplo, la Convención consular entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la República Federal de Alemania, de 25 de abril de 1958, estipula que los cónsules, los funcionarios del servicio consular y los empleados consulares que sean nacionales del Estado que envía, disfrutarán de inmunidad fiscal en cuanto a la remuneración que perciben en el consulado y dispone que, en condiciones de reciprocidad, esas personas tendrán derecho, además de la mencionada inmunidad, a la exención fiscal, en la misma medida en que ésta se aplique al personal consular de terceros Estados (párr. 2 del art. 10). En la Convención consular entre la URSS y Austria, de 28 de febrero de 1959, figura una cláusula similar (párr. 2 del art. 7). Esa cláusula se aplica también a la mujer y a los hijos menores de los miembros del personal consular.

6. Cláusula referente al establecimiento y la localización de los consulados

34. En gran número de convenciones consulares y otros tratados internacionales, la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida se halla limitada al establecimiento y la localización de consulados. Las partes contratantes se autorizan mutuamente a nombrar cónsules en todos los puertos, ciudades y lugares en que haya representación consular de un tercer Estado. Así, por ejemplo, el Tratado de comercio y de navegación firmado el 30 de octubre de 1936 entre Chile y Suecia contiene en el párrafo 1 del artículo 6 la siguiente disposición :

« El Gobierno de cada uno de los dos países podrá nombrar cónsules generales, cónsules, vicecónsules y otros funcionarios o agentes consulares en todos los puertos, ciudades y lugares del otro país, en donde se haya concedido derecho a nombrar representantes consulares a un tercer Estado. »¹³²

35. En otros tratados, después de reservar a las partes contratantes el derecho a designar las localidades en que no se admitirán cónsules, se estipula que esa reserva no podrá ser aplicada por una de las partes contratantes respecto a la otra si no se lo aplica igualmente a todas las demás potencias.

36. Se halla una disposición de esta índole en el artículo 1 del Acuerdo de Caracas, de 1911, referente a

¹³⁰ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 253, pág. 293.

¹³¹ Sociedad de Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XIV, pág. 37.

¹³² Sociedad de Naciones, *Recueil des traités*, vol. CLXXXVIII, pág. 288.

las atribuciones de los cónsules respectivos en cada una de las repúblicas contratantes¹³³. La cláusula sobre el establecimiento de los consulados se halla incluida, entre otros, en los siguientes tratados: Tratado de comercio, de navegación y consular entre los Estados Unidos de América y Alemania, de 8 de diciembre de 1923 (párr. 1 del art. XVII); entre Italia y Yugoslavia, de 21 de agosto de 1924 (párr. 2 del art. 10); Acuerdo comercial provisional entre Alemania y la Unión Belgo-Luxemburguesa, de 4 de abril de 1925 (párr. 1 del art. 14); entre Francia y Polonia, de 30 de diciembre de 1925 (párr. 1 del art. 1); Tratado de comercio y de navegación entre Alemania y Suecia, de 14 de mayo de 1926 (párr. 1 del art. 22); Tratado de comercio y de navegación entre Noruega y Tailandia, de 16 de julio de 1926 (párr. 1 del art. XVII); Tratado de comercio y de navegación entre la Gran Bretaña y Grecia, de 16 de julio de 1926 (párr. 1 del art. 22); Convención de comercio entre Grecia y Suecia, de 10 de septiembre de 1926 (párr. 1 del art. 10); Tratado consular, de navegación, de derechos civiles y comerciales y de establecimiento entre España y Grecia, de 23 de septiembre de 1926 (párr. 1 del art. 8); Convención de comercio y de navegación entre Chile y Noruega, de 9 de febrero de 1927 (párr. 1 del art. 4); Acuerdo comercial entre Francia y Alemania, de 17 de agosto de 1927 (párr. 1 del art. 46); Convención de establecimiento y de protección entre Grecia y Suiza, de 1.º diciembre de 1927 (párr. 1 del art. 12); Acuerdo comercial entre Finlandia y Suecia, de 14 de diciembre de 1927 (párr. 1 del art. 14); Tratado de comercio entre Colombia y Suecia, de 9 de marzo de 1928 (párr. 1 del art. III); Convención consular entre México y Panamá, de 9 de junio de 1928 (art. 1); Convención de comercio y de navegación entre Dinamarca y Grecia, de 22 de agosto de 1928 (párr. 1 del art. XI); Tratado consular entre Alemania y Turquía, de 28 de mayo de 1929 (párr. 1 del art. 2); Tratado de amistad, de comercio y de navegación entre el Japón y Tailandia, de 8 de diciembre de 1937 (párr. 1 del art. 25); Tratado de amistad, de comercio y de navegación entre Dinamarca y Tailandia, de 5 de noviembre de 1937 (párr. 1 del art. 20); Convención consular entre los Estados Unidos de América y Liberia, de 7 de octubre de 1938 (párr. 1 del art. 1); Convención consular entre la Gran Bretaña y Suecia, de 14 de marzo de 1952 (párr. 1 del art. 3); Convención consular entre la Gran Bretaña y Grecia, de 17 de abril de 1953 (párr. 1 del art. 3); Convención consular entre la Gran Bretaña y México, de 20 de marzo de 1954 (párr. 1 del art. 3). La Convención consular entre Chile y los Países Bajos, de 4 de noviembre de 1913, enuncia una regla análoga en lo que respecta a los puertos abiertos al comercio de todas las naciones.

7. Interpretación de la cláusula

37. Se plantean dos cuestiones importantes a propósito de la interpretación de la cláusula de la nación más favorecida, tal como se utiliza en la esfera de las relaciones e inmunidades consulares. La primera consiste en averiguar si la cláusula de la nación más favorecida, concertada en la forma de un instrumento separado o inserta en forma general en un tratado internacional,

se aplica también de derecho a los poderes, privilegios e inmunidades de los cónsules. La segunda consiste en saber si la cláusula especial que se refiera expresamente a los poderes, privilegios e inmunidades de los cónsules, debe o no especificar una competencia especial para que pueda ser invocada¹³⁴. Esas cuestiones sólo pueden resolverse determinando la voluntad de las partes tal como se desprende de los términos de la cláusula, interpretados en su significado corriente y natural, y considerados en su contexto lógico. Se ha señalado con razón que, en términos jurídicos, no existe una cláusula de la nación más favorecida, sino tantas disposiciones distintas como tratados que la contienen¹³⁵. Huelga decir que la finalidad y el alcance del tratado en que se inserta la cláusula constituirán importantes elementos de juicio. Pero no se puede dar de antemano una solución a las cuestiones que aquí se plantean.

SECCIÓN III. SOBRE LA CONVENIENCIA DE INCLUIR LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN EL PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RELACIONES E INMUNIDADES CONSULARES

38. Antes de responder a la cuestión de saber si conviene incluir la cláusula de la nación más favorecida en el proyecto de artículos que la Comisión prepara, hay que recordar que la Comisión decidió elaborar dicho proyecto dando por supuesto que éste serviría de base para concertar una convención¹³⁶. Además, hay que tener en cuenta que, en su decimocuarto período de sesiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió, por resolución 1450 (XIV) del 7 de diciembre de 1959, convocar en Viena, en la primavera de 1961, una conferencia internacional de plenipotenciarios para que, sobre la base del proyecto de artículos elaborado por la Comisión¹³⁷, examine la cuestión de las relaciones e inmunidades diplomáticas y recoja el resultado de su labor en una convención internacional y los instrumentos auxiliares que puedan ser necesarios. Cabe esperar que se adoptará el mismo procedimiento con respecto al proyecto de convención sobre relaciones e inmunidades consulares.

En consecuencia, hay que decidir si corresponde incluir la cláusula de la nación más favorecida en un proyecto de convención multilateral.

El análisis de las convenciones consulares y de otros tratados que determinan la condición de los cónsules ha demostrado que no todos los instrumentos contienen la cláusula de la nación más favorecida, aunque ésta sea muy corriente. Pero más importante aún es señalar que las ventajas que comprende dicha cláusula difieren en gran medida. Esto prueba, sin lugar a duda, que, en la esfera de las relaciones e inmunidades consulares, los Estados no están dispuestos a conceder a todos los demás Estados una cláusula de la nación más favorecida que tenga el mismo alcance y que, por lo tanto, sería difícil que todos los Estados aceptaran una cláusula

¹³⁴ Suzanne Basdevant, *loc. cit.*, pág. 506.

¹³⁵ Anzilotti, *op. cit.*, pág. 438.

¹³⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su undécimo período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimocuarto período de sesiones, Suplemento N.º 9*, párr. 37.

¹³⁷ *Ibid.*, *decimotercer período de sesiones, Suplemento N.º 9*, cap. III.

¹³³ *Série législative des Nations Unies, Leyes y reglamentos sobre privilegios e inmunidades diplomáticos y consulares, ST/LEG/SER.B/7*, pág. 417.

uniforme de ese tipo. Por consiguiente, sería más razonable dejar que los Estados incluyan en las convenciones *bilaterales* la cláusula que estimen adecuada que incluirla en una convención multilateral. Hay otra razón más en favor de esta solución. Como según la convención multilateral que la Comisión va a preparar (véase art. 37 del proyecto presentado por el Relator Especial) continuarán en vigor las convenciones bilaterales, la inclusión de una cláusula uniforme de la nación más favorecida en dicha convención multilateral podría crear dificultades en la práctica, porque esa cláusula diferiría inevitablemente en muchos casos de la que figura en las convenciones bilaterales en vigor. Por lo demás, la cláusula de la nación más favorecida resulta mucho menos necesaria en una convención multilateral de alcance universal, ya que la generalización de las ventajas reconocidas queda garantizada por el carácter multilateral de los compromisos contraídos.

La solución propuesta responde, por lo demás, a la que se aprobó al elaborar el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. Tampoco ese proyecto contiene la cláusula de la nación más favorecida, a pesar de que reglamenta ciertos aspectos de cuestiones análogas. Por todas estas razones el Relator Especial no propone que se incluya en el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares ninguna cláusula de la nación más favorecida.

TERCERA PARTE

Nuevos artículos

Habiendo completado la documentación que le faltaba en el momento de elaborar su primer informe, en el otoño de 1956, el Relator Especial propone algunos nuevos artículos sobre cuestiones no tratadas en el primer informe. Para esta labor, el Relator ha tenido en cuenta la necesidad de que concuerden, en la medida en que sea conveniente, el proyecto sobre relaciones e inmunidades consulares y el proyecto de artículos sobre privilegios e inmunidades diplomáticas que la Comisión de Derecho Internacional aprobó en su décimo período de sesiones¹³⁸. Los nuevos artículos numerados provisionalmente con cifras romanas serán incluidos en el lugar adecuado del proyecto.

Artículo I

Personal del consulado

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 8 y 11, el Estado que envía tiene derecho a emplear en su consulado el número necesario de funcionarios y empleados consulares cuya categoría y condición jurídica determina.

Comentario

1. Este artículo se refiere al personal destinado a los servicios del consulado, salvo el jefe de la oficina consular cuyo nombramiento se rige por lo dispuesto en los

artículos 5 y siguientes del proyecto de artículos provisionales sobre relaciones e inmunidades consulares¹³⁹.

2. La obligación que tiene el Estado de residencia de aceptar el número necesario de funcionarios y empleados consulares resulta del acuerdo en virtud del cual dicho Estado dio su consentimiento al establecimiento del consulado. En efecto, no cabe duda de que un consulado no puede funcionar si no se admite en el país de residencia a los funcionarios y empleados consulares. No basta para esto otorgar el exequátur al jefe de la oficina consular, ya que el cónsul no podría cumplir las obligaciones propias de su cargo sin la ayuda de colaboradores cuya categoría y número dependerá de la importancia del consulado.

Artículo II

Persona declarada no aceptable

1. El Estado de residencia podrá, cuando se le comunique el nombre de un miembro del personal consular (art. IV), informar al Estado que envía que esa persona no es aceptable.

2. Cuando la conducta de un miembro del personal consular, que no sea el jefe de la oficina consular, constituya un motivo grave de queja, el Estado de residencia podrá pedir al Estado que envía que retire a dicha persona o que ponga término a sus funciones, según el caso. El Estado que envía retirará entonces a dicha persona o pondrá término a su función, según el caso.

3. Si el Estado que envía se niega a atender esa petición o no cumple dentro de un término razonable las obligaciones que le incumben según el párrafo 2 del presente artículo, el Estado de residencia podrá negarse a reconocer a dicha persona como miembro del personal consular.

Comentario

1. El proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares clasifica el personal consular, según la práctica actual, en la siguiente forma :

a) *Jefe de oficina consular*, o sea, la persona encargada de dirigir el consulado por el Estado que envía;

b) *Funcionario consular*, o sea, toda persona que pertenece al cuerpo consular y ejerce funciones consulares, y

c) *Empleado consular*, o sea, toda persona que desempeña una actividad administrativa, técnica u otra análoga en un consulado. Esta categoría comprende también el personal de servicio.

2. Dado que el procedimiento que debe seguirse para el nombramiento y el reconocimiento del jefe de oficina consular, como también para el retiro de dicho reconocimiento, está determinado por los artículos 6, 8, 9, 10, 11, 13 y 18 del proyecto, este artículo sólo se refiere a todos los miembros del personal consular salvo el jefe de la oficina consular.

3. Las personas nombradas para prestar servicios en un consulado son en principio libremente designadas por el Estado que envía sin que éste deba comunicar

¹³⁸ *Ibid.*, págs. 11 a 28.

¹³⁹ *Ibid.*, págs. 27 y siguientes.

sus nombres por adelantado al Estado de residencia para obtener su aprobación.

4. Los intereses del Estado de residencia están plenamente garantizados por el texto del artículo II que le proporciona todos los medios necesarios para rechazar a un miembro del personal consular o desembarazarse de él si existen motivos graves para declararlo persona no aceptable. El artículo prevé dos situaciones que pueden presentarse. En primer lugar, si se trata de funcionarios y empleados recientemente nombrados para el consulado, el Estado de residencia, en el momento en que se le comunica el nombre del nuevo miembro del personal consular, puede, si tiene objeciones, informar al Estado que envía que dicha persona no es aceptable. En caso necesario puede hacerlo antes de que el interesado llegue al país para sumir sus funciones. Al igual que en el proyecto de artículos sobre privilegios e inmunidades diplomáticas (art. 8), el párrafo pertinente no dice si, al declarar no aceptable a una persona nombrada por el Estado que envía, el Estado de residencia debe dar los motivos de su decisión. Este silencio debe interpretarse en el sentido de que se deja a la libre apreciación del Estado de residencia. En segundo lugar, cuando se trata de un miembro del personal que ya ejerce funciones en el país de residencia, éste puede, si tiene motivos graves de queja, pedir al Estado que envía que retire a dicha persona o que ponga término a sus funciones. Esta última parte del párrafo se refiere a aquellos casos en que el interesado es nacional del Estado de residencia y a los casos en que, aun siendo nacional del Estado que envía o de un tercer Estado, el interesado vivía en el territorio del Estado de residencia antes de ser nombrado.

5. Si el Estado que envía se niega a cumplir o no cumple dentro de un término razonable las obligaciones que le incumben según los párrafos 1 y 2, el Estado de residencia podrá negarse a reconocer a dicha persona como miembro del personal consular. En ese caso, esa persona dejará de gozar de los privilegios e inmunidades consulares, salvo los actos ejecutados hasta esa fecha en ejercicio de sus funciones oficiales.

6. El artículo 8, aprobado ya por la Comisión, impone otra limitación al derecho que tiene el Estado que envía de elegir libremente el personal para los servicios de su consulado. En virtud de dicho artículo, si el Estado que envía desea elegir sus funcionarios consulares entre los nacionales del Estado de residencia, sólo podrá hacerlo con el consentimiento expreso de éste.

7. La expresión « persona no aceptable » empleada en el párrafo 1 del artículo II corresponde a la expresión « persona *non grata* » que se utiliza de ordinario cuando se trata del personal diplomático.

Artículo III

Exención de obligaciones referentes a la inscripción de extranjeros y al permiso de residencia

A condición de que exista reciprocidad, los miembros del personal consular, los miembros de sus familias y sus criados particulares, si no son nacionales del Estado de residencia, estarán exentos de las obligaciones prescritas por la legislación local en lo referente a inscripción de extranjeros y a

permiso de residencia, siempre que sus nombres sean notificados al ministerio de relaciones exteriores del Estado de residencia o a la oficina designada por este último.

Comentario

1. La legislación de muchos países impone a los extranjeros la obligación de inscribirse en un registro de extranjeros llevado por las autoridades de policía o las municipales. Algunas leyes han implantado un permiso de residencia que todo extranjero debe solicitar si desea permanecer por un tiempo prolongado, y que constituye su cédula personal. A fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares, muchos Estados eximen de esta obligación a los miembros del personal consular y a las personas de su familia. En efecto, según los reglamentos o la práctica de un número bastante considerable de países, se comunican los nombres de dichas personas al ministerio de relaciones exteriores, que entrega a los interesados una carta de identidad especial. Esta práctica está consagrada incluso por algunas convenciones consulares. Por esto, sería excesivo obligar a dichas personas a que se sometieran al régimen general relativo a la inscripción de los extranjeros. Dado que en el artículo IV del presente proyecto se prevé que se notificará tanto la llegada como la salida definitiva de los miembros del personal consular y de las personas de su familia, se ha considerado necesario eximir a dichas personas de las obligaciones relativas a la inscripción de extranjeros y al permiso de residencia. A este efecto se ha incluido un artículo especial.

2. Por razones prácticas, la exención se aplica también a los criados particulares que están al servicio de los miembros del personal consular, que no sean nacionales del Estado de residencia.

3. Cabe advertir que esta exención está condicionada a la reciprocidad. Por lo tanto, el Estado de residencia no estará obligado a conceder esta exención sino a los Estados que se la concedan y en la medida en que lo hagan.

4. La exención no se aplica a los miembros del personal consular ni a las personas de su familia que sean nacionales del Estado de residencia.

Artículo IV

Notificación de la llegada y de la salida

1. Se notificará al ministerio de relaciones exteriores o a la autoridad que éste designe :

a) la llegada de los miembros del personal consular después de su destinación al consulado, de los miembros de su familia y de sus criados particulares, que no sean nacionales del Estado de residencia;

b) la salida de las personas a que se refiere el apartado anterior, una vez que cesen de formar parte del personal consular, o de la familia de los miembros de dicho personal.

2. Análoga notificación se hará cada vez que los miembros del personal consular sean contratados en el lugar.

Comentario

El Estado de residencia tiene interés en conocer los nombres de las personas que forman el personal del consulado y de los miembros de su familia. En efecto, estas personas pueden, en distinto grado, reclamar el beneficio de los privilegios e inmunidades consulares. Por esta razón, el artículo impone la obligación de notificar al ministerio de relaciones exteriores o a la autoridad designada por éste, el nombre de las personas que se destinan a un consulado y los de aquellas que dejan definitivamente su puesto.

La obligación de notificar la llegada de los miembros del personal que se nombra y la de los miembros de su familia y de sus criados particulares, junto con la obligación de notificar su salida definitiva constituye en cierto modo una contrapartida de la exención que concede el artículo III.

*Artículo V***Adquisición de la nacionalidad**

Los miembros del personal consular que no sean nacionales del Estado de residencia, y los miembros de sus familias que forman parte de su casa no adquieren la nacionalidad de dicho Estado por el solo efecto de su legislación.

Comentario

1. Este artículo se ha tomado del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas por ser la misma su finalidad : evitar la adquisición automática de la nacionalidad del Estado de residencia :

a) al hijo de padres que son miembros del personal consular, sin ser nacionales del Estado de residencia, nacido en el territorio de un Estado cuya legislación en materia de adquisición de nacionalidad aplica el *ius soli*;

b) a una mujer que forma parte del personal consular, cuando se casa con un nacional del Estado de residencia. El relator hubiera preferido limitar este artículo únicamente al caso indicado en el apartado a), pero ha recogido el texto ya aprobado por la Comisión a fin de que los dos proyectos concuerden en este punto.

2. El artículo no se propone reglamentar la adquisición de la nacionalidad por los nacidos en un Estado de *ius soli*, uno solo de cuyos padres sea miembro del personal consular y nacional del Estado que envía mientras que el otro sea nacional del Estado de residencia o de un tercer Estado.

*Artículo VI***Miembros del personal consular que no son nacionales del Estado de residencia**

1. Los funcionarios consulares que sean nacionales del Estado de residencia gozan de la inviolabilidad de jurisdicción por los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

2. Los demás miembros del personal consular que sean nacionales del Estado de residencia, sólo

gozarán de los privilegios e inmunidades que les reconozca dicho Estado.

Comentario

1. Este artículo no tiene que ver con el caso en que el Estado de envío ha designado cónsul a un nacional del Estado de residencia que no recibe regularmente una remuneración fija y que está autorizado a dedicarse al comercio o a ejercer una profesión lucrativa en el Estado de residencia. Ese es el caso del cónsul honorario, cuya condición jurídica se ocupa el capítulo III (arts. 35 a 37 del proyecto del Relator Especial).

2. Pero la práctica admite, aun en casos diferentes del mencionado en el párrafo 1 de este artículo, que a los nacionales del Estado de residencia se les pueda nombrar funcionarios consulares de carrera en un consulado de un Estado extranjero. Por lo demás, la Comisión ha reconocido esta práctica al aprobar el artículo 8 de su proyecto sobre relaciones o inmunidades consulares, en virtud del cual el nombramiento de un nacional del Estado de residencia está subordinado al consentimiento expreso de éste.

3. Pero lo que muchos Estados buscan en una proporción mucho mayor entre los nacionales del Estado de residencia, es empleados consulares.

4. Por consiguiente, se ha estimado necesario determinar ante todo si los funcionarios consulares que son nacionales del Estado de residencia gozan de privilegios e inmunidades consulares y, de ser así, en qué medida. Pueden oponerse objeciones importantes a la concesión de privilegios e inmunidades a estos funcionarios consulares. La práctica de los Estados no es uniforme y la doctrina no ofrece ninguna indicación segura a este respecto. Como en el caso de agentes diplomáticos, pueden sostenerse al respecto dos opiniones divergentes : una de ellas, la de que estos funcionarios, aunque no son nacionales del Estado que envía, deben gozar de los mismos privilegios e inmunidades consulares que aquellos que lo son, y la otra, la de que estos funcionarios consulares, por no ser nacionales del Estado que envía, sólo deben gozar de los privilegios e inmunidades que les reconozca expresamente el Estado de residencia.

5. Las conclusiones que se deducen de los prolongados debates de la Comisión acerca de un problema análogo cuando se estudiaba el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, hacen que el Relator Especial proponga una solución intermedia que consiste en reconocer la inmunidad de jurisdicción a estos funcionarios consulares con respecto a los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

6. Dos consideraciones pueden justificar esta solución : en primer lugar, los actos propios de las funciones son actos del Estado que envía. Por lo tanto, puede afirmarse con fundamento que en este caso no se trata de una inmunidad personal del funcionario consular sino más bien de una inmunidad reconocida al Estado extranjero como tal. En segundo lugar, como se necesita el asentimiento del Estado de residencia para nombrar como funcionarios a nacionales de dicho Estado, puede sostenerse que ese asentimiento implica su consentimiento en que el funcionario de que se trate goce de la inmunidad mínima necesaria para poder ejercer sus funciones. Esta inmunidad consiste justamente en eximir de la juris-

dicción local, tanto en materia civil como en materia penal, los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

7. Es cierto que esta solución no solventa todas las dificultades, pero tiene el mérito de seguir la vía ya trazada cuando se estudiaron los privilegios e inmunidades diplomáticos y debería por ello obtener, como espera el Relator Especial, un apoyo lo suficientemente amplio para que se la incorpore al proyecto que ahora se prepara.

8. Sería una solución plenamente satisfactoria la de no designar funcionarios consulares sino a los nacionales del Estado que envía. Muchos Estados han adoptado esta práctica, y se ha llegado aun a darle expresión en algunas convenciones consulares. Véase, por ejemplo, la Convención consular entre la URSS y la República Popular Rumana del 4 de septiembre de 1957 (párr. 2 del art. 2).

9. En cuanto a los empleados consulares que no son nacionales del Estado que envía, de la práctica de los Estados no puede deducirse que haya una norma que les confiera privilegios e inmunidades, pero pueden gozar de aquellos que les conceda voluntariamente el Estado de residencia. Se ha estimado útil enunciar esta idea en el párrafo 2 del artículo.

10. El proyecto no se refiere a la condición de los miembros de las familias ni de los criados particulares de las personas de que trata este artículo. Ese silencio debe interpretarse en el sentido de que no gozan de privilegios e inmunidades consulares.

Artículo VII

Duración de los privilegios e inmunidades consulares

1. Toda persona que tenga derechos a privilegios e inmunidades consulares gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado de residencia para tomar posesión de su cargo, o, si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al ministerio de relaciones exteriores o a una autoridad designada por éste.

2. Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades consulares, estos privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esta persona salga del país o en el momento de expirar el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta ese momento, incluso en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto a los actos ejecutados por esta persona en el ejercicio de sus funciones como miembro del personal consular.

Comentario

1. Este artículo reglamenta el comienzo y la terminación de los privilegios e inmunidades consulares. Aunque los privilegios e inmunidades consulares sean, en ciertos aspectos, mucho menos amplios que los que gozan los miembros de una misión diplomática, resulta conveniente señalar la fecha en que comienzan y aquella en que terminan. El proyecto sigue la solución adoptada para las personas que gozan de privilegios e inmunidades diplomáticas según el artículo 38 del proyecto de artículos

sobre privilegios e inmunidades diplomáticos¹⁴⁰ y reproduce la mayor parte de su texto.

2. El párrafo 1 prevé dos posibilidades. La primera es aquella en que el miembro del personal consular llega al Estado de residencia, después de haber sido nombrado para un puesto consular en dicho Estado. En este caso, parece justo reconocerle los privilegios e inmunidades consulares desde el momento en que penetra en el territorio del Estado de residencia. Desde luego, debe dar a conocer su identidad y su calidad de miembro del personal consular de un consulado situado en el territorio del Estado de residencia. La segunda posibilidad es la de una persona que, encontrándose ya en el territorio del Estado de residencia, ha sido destinada al personal de un consulado. En este caso, comienza a gozar de los privilegios e inmunidades consulares desde el momento en que su nombramiento ha sido notificado al ministerio de relaciones exteriores. Este último puede, desde luego, designar a otra autoridad a la que deberán hacerse estas notificaciones. Esto puede resultar práctico sobre todo en un Estado federal.

3. La opinión de los tratadistas no es uniforme acerca de la terminación de los privilegios e inmunidades consulares. Parece conveniente reconocer los privilegios e inmunidades consulares hasta el momento en que la persona de que se trate salga del territorio del Estado de residencia, si lo hace dentro de un término razonable, necesario para preparar su salida o, en otro caso, hasta la expiración de un término razonable que le haya concedido el Estado de residencia a los efectos de preparar su salida.

4. Las vejaciones de que a menudo han sido objeto los funcionarios consulares en lo pasado cuando estallaba un conflicto armado entre el Estado que envía y el Estado de residencia, constituyen un argumento decisivo que justifica el que se mantengan las palabras incluso « en caso de conflicto armado », en el texto del artículo.

5. La inmunidad de jurisdicción por los actos ejecutados por los miembros del personal consular en el ejercicio de sus funciones se explica por el carácter especial de esta inmunidad que se reconoce, como se ha dicho en el comentario al artículo VI, a los actos de un Estado soberano extranjero.

Artículo VIII

Sucesión respecto de los bienes de un miembro del personal consular o de un miembro de su familia

En el caso de fallecimiento de un miembro del personal consular que no sea nacional del Estado de residencia, o de un miembro de su familia, dicho Estado permitirá que se saquen del país los bienes muebles del fallecido, salvo los que hayan sido adquiridos en el país y cuya exportación se halle prohibida en el momento del fallecimiento. Sólo podrá percibirse impuesto de sucesión sobre los bienes situados en el Estado de residencia.

Comentario

Esta norma, adoptada para los miembros de una misión diplomática en el proyecto de artículos que a

¹⁴⁰ Documento A/3589, pág. 25.

ellos se refiere (párr. 3 del art. 38), también se justifica plenamente para los miembros del personal consular. Como no se refiere a todas las inmunidades consulares sino a un caso particular, el Relator Especial ha preferido consignarla, al menos provisionalmente, en un artículo separado.

Artículo IX

Deberes de los terceros Estados

1. Si los funcionarios consulares atraviesan el territorio de un tercer Estado, o se encuentran en él para ir a tomar posesión de sus funciones, para reintegrarse a su cargo o para volver a su país, el tercer Estado les concederá la inviolabilidad de que gozan en virtud de los presentes artículos y todas las inmunidades necesarias para facilitarles el paso o el regreso.

2. El tercer Estado concederá las mismas inmunidades a los miembros de familia que acompañen a los funcionarios consulares a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo o que viajen separadamente para reunirse con ellos o de regreso a su país.

3. En las circunstancias previstas en el párrafo 1, los terceros Estados no deben dificultar el paso por su territorio de los demás miembros del personal consular ni de los miembros de su familia.

4. Los terceros Estados concederán a la correspondencia y a las demás comunicaciones oficiales en tránsito, entre ellas los despachos en clave o en cifra, la misma libertad y protección que el Estado de residencia.

Comentario

1. Al reglamentar las relaciones consulares, se plantea la cuestión de saber si un miembro del personal consular que se halle en el territorio de un tercer Estado, de paso o por cualquier otro motivo, puede invocar los privilegios e inmunidades de que disfruta en el Estado de residencia. Como la práctica no ofrece indicaciones precisas sobre este punto, el Relator Especial se ha creído autorizado a reproducir la solución adoptada en el artículo 39 del proyecto sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, con las modificaciones que aconsejan las diferencias entre ambas instituciones.

2. El párrafo 1 se refiere a los funcionarios consulares, o sea, a toda persona que ejerza una función consular en el Estado de residencia, incluido el jefe de oficina, y enuncia la regla de que el tercer Estado está obligado a conceder a los funcionarios consulares que estén de tránsito en su territorio la inviolabilidad a que tienen derecho en virtud de los presentes artículos y todas las inmunidades necesarias para facilitarles el paso o el regreso. La inviolabilidad personal a que deben tener derecho los funcionarios consulares en virtud de la propuesta contenida en la sección tercera de la primera parte del segundo informe sobre las relaciones e inmunidades consulares es limitada, como no lo es la inviolabilidad de que gozan los miembros de una misión diplomática. Por otra parte, en las convenciones consulares puede concederse esta inviolabilidad en una medida diferente. Por lo tanto, ha sido necesario precisar la palabra « inviolabilidad »

refiriéndose a los artículos sobre las relaciones e inmunidades consulares que la Comisión estudia. En lo que se refiere a las inmunidades que deben concederse a los funcionarios de tránsito, conviene observar que el Estado de tránsito no está obligado a conceder todas las inmunidades reconocidas a dichos funcionarios por los presentes artículos o por otros acuerdos aplicables en la materia, sino únicamente las inmunidades que sean necesarias para permitir su paso o su regreso.

3. Cabe advertir que el tercer Estado sólo asume esta obligación respecto de los Estados cuyos funcionarios consulares :

- a) Atraviesen su territorio,
- b) Se encuentren en él para :
 - i) Ir a tomar posesión de sus funciones;
 - ii) Reintegrarse a su cargo;
 - iii) Volver a su país.

4. Las mismas inmunidades deben reconocerse a los miembros de la familia de los funcionarios consulares que los acompañen o que viajen separadamente para reunirse con ellos o de regreso al país que envía. En efecto, las razones por las que se concede esta inmunidad a los funcionarios consulares en el tercer Estado, aconsejan que se la conceda también a los miembros de su familia.

5. El párrafo 3, que corresponde al párrafo 2 del artículo 39 del proyecto sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, dispone que los terceros Estados no deben obstar el paso por su territorio de los demás miembros del personal consular ni de los miembros de su familia. Esta disposición responde al interés que todos los Estados tienen en el buen funcionamiento de las relaciones consulares.

6. Conviene al buen funcionamiento del servicio consular y al fomento de las relaciones consulares entre Estados que la correspondencia oficial y demás comunicaciones disfruten en el tercer Estado de una libertad y de una protección iguales a las que tienen en el Estado de residencia. El párrafo 4 enuncia esta regla.

Artículo X

Obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado de residencia

Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades consulares, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado de residencia. Tendrán asimismo la obligación de no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado.

Comentario

1. Este artículo enuncia la regla fundamental de que el cónsul y toda persona que goce de privilegios e inmunidades consulares están obligados a respetar la legislación del Estado de residencia, salvo las disposiciones de cuya observancia les dispensan los presentes artículos, las convenciones consulares y los demás acuerdos aplicables en la materia. Por esto, las leyes que imponen una prestación personal cualquiera (servicio en la milicia, prestaciones personales en caso de calamidades públicas, actuación como jurado, juez lego, etc.) y otras leyes no

son obligatorias para los miembros del personal consular que no sean nacionales del Estado de residencia. Tampoco están obligados por las leyes y reglamentos que contravienen manifiestamente los principios reconocidos de derecho internacional general, como es el caso de las leyes de discriminación racial.

2. Si la primera oración del artículo contiene una obligación de carácter positivo, la segunda enuncia una de carácter negativo. Esta oración dispone que los miembros del personal consular no deben inmiscuirse en los asuntos internos del Estado de residencia. Deben, sobre todo, abstenerse de tomar parte en las campañas políticas. Evidentemente, no hay injerencia en los asuntos internos del Estado de residencia cuando los funcionarios se ven obligados a dirigir reclamaciones a las autoridades de dicho Estado para defender los intereses del Estado que envía o de sus nacionales, de acuerdo con los presentes artículos y demás internacionales acuerdos aplicables en la materia. Como la Carta de las Naciones Unidas prohíbe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas (art. 2, párr. 4), dichos funcionarios no pueden recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en el ejercicio de las funciones consulares.

Artículo XI

Derecho a salir del territorio y facilidades para la salida

1. Una vez terminadas las funciones de las personas que gocen de privilegios e inmunidades consulares, el Estado de residencia está obligado, salvo que dispongan lo contrario los presentes artículos, a permitir la salida de su territorio, incluso en caso de conflicto armado, de las personas de que se trate y de los miembros de sus familias que no sean sus nacionales.

2. El Estado de residencia concederá a las personas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, el plazo y las facilidades necesarias para que abandonen su territorio con destino a su país. Tiene la obligación de tratar a esas personas con deferencia y cortesía y protegerlas hasta el momento de su partida, que deberá efectuarse dentro de un plazo razonable. Cuando sea preciso, pondrá a su disposición los medios de transporte que necesiten.

Comentario

1. En lo pasado, se ha impedido a menudo a los cónsules abandonar el territorio, una vez terminadas sus funciones, sobre todo en caso de conflicto armado. Habiéndose puesto en tela de juicio, incluso en la doctrina, su privilegio de abandonar el territorio en tal circunstancia (véase, por ejemplo, el Proyecto de Harvard, comentario al art. 10 *in fine*, *op cit.*, pág. 527), ha parecido indispensable enunciar ante todo, en el párrafo 1 del artículo, el derecho del Estado que envía a que sus nacionales que gozan de privilegios e inmunidades consulares puedan salir del territorio del Estado de residencia.

2. Como los miembros del personal consular están en principio sometidos a la jurisdicción del Estado de

residencia, ha sido necesario limitar el derecho que poseen tales personas mediante una condición general que se refiere al caso en que puede impedírseles la salida del territorio del Estado de residencia por hallarse sometidas a la jurisdicción local. Si, por ejemplo, un funcionario consular se halla cumpliendo una pena a la cual ha sido condenado por sentencia firme de un tribunal, no podrá hacer uso de ese derecho. Dicha obligación se refiere no sólo a los miembros del personal consular sino, también, a las personas de su familia que no sean nacionales del Estado de residencia.

3. El párrafo 2 de este artículo enuncia la obligación que tiene el Estado de residencia de conceder a las personas mencionadas en el apartado 1 el plazo necesario para preparar su salida, y las facilidades que les permitan salir del Estado de residencia con destino a su país. Establece igualmente la obligación de proteger a estas personas hasta el momento de su partida, la cual deberá efectuarse en un plazo razonable, y de poner a su disposición, en caso de necesidad, los medios de transporte indispensables.

4. La facultad que tienen los cónsules de regresar a su país ha sido reconocida en el proyecto de Código de Field, de 1876 (art. 180), y en el de Bluntschli, de 1868 (art. 275). La obligación de dejar salir a los miembros del personal consular y a las personas de su familia en caso de clausura de los consulados por un conflicto armado o por la ruptura de relaciones entre el Estado que envía y el Estado de residencia, como también la de concederles las facilidades y la protección necesarias, ha sido estipulada en muchas convenciones recientes. Véase el primer Protocolo de firma, anexo a las convenciones consulares concertadas por Gran Bretaña con Noruega, el 22 de febrero de 1951; con los Estados Unidos de América, el 6 de junio de 1951; con Francia, el 31 de diciembre de 1951; con Grecia, el 17 de abril de 1953 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, Vol. 191, pág. 181); con Italia, el 1.º de junio de 1954; con Suecia, el 14 de marzo de 1952 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, Vol. 202, pág. 235); con México, el 20 de marzo de 1954, y con la República Federal de Alemania, el 30 de junio de 1956.

Artículo XII

Protección de locales, archivos e intereses

En caso de ruptura de las relaciones consulares entre el Estado que envía y el Estado de residencia, o si se cierra un consulado de modo temporal o definitivo:

a) El Estado de residencia estará obligado a respetar y a proteger, incluso en caso de conflicto armado, los locales del consulado, como también sus bienes y archivos;

b) El Estado que envía podrá confiar la custodia de los locales del consulado y de sus bienes y archivos a los consulados o a la misión diplomática de un tercer Estado aceptado por el Estado de residencia;

c) El Estado que envía podrá confiar la protección de sus intereses a los consulados o a la misión diplomática de un tercer Estado aceptado por el Estado de residencia.

Comentario

1. El proyecto de artículos preparado por el Relator Especial en su primer informe contenía disposiciones sobre la cesación de las funciones consulares (art. 18) y la ruptura de relaciones consulares (art. 19). Por lo tanto, parece necesario incluir también en este proyecto un artículo que determine los derechos y obligaciones del Estado de residencia y del Estado que envía en los casos indicados, tanto más cuanto en el proyecto de artículos sobre las relaciones e inmunidades diplomáticas (art. 43) figura ya una disposición de esta índole. El presente proyecto reproduce el texto de la disposición citada, en lo referente a la ruptura de las relaciones diplomáticas o al término de una misión diplomática. Sin embargo, como el estudio de la práctica de los Estados que han representado los intereses de Estados extranjeros después de la ruptura de relaciones diplomáticas y consulares demuestra que estos Estados han pedido, en la gran mayoría de casos, el consentimiento del tercer Estado cerca del cual debían proteger los intereses extranjeros, la expresión «de un tercer Estado aceptable para» ha sido sustituida por «de un tercer Estado aceptado por». El consentimiento puede ser expreso o tácito. Desde el punto de vista práctico no habrá gran diferencia si se adopta una u otra fórmula.

2. Cuando las relaciones consulares se han roto debido al estado de guerra declarado como consecuencia de una agresión armada, el Estado agresor no podrá invocar las disposiciones contenidas en este artículo alegando que le confieren el *derecho* a la protección de los locales y archivos del consulado y de sus intereses. En efecto, como la agresión constituye un crimen internacional según el derecho de gentes, el agresor no puede fundar ningún derecho en su crimen ni alegar al efecto los tratados internacionales, salvo las convenciones humanitarias que, por su misma naturaleza, se aplican a todo conflicto armado, haya sido desencadenado por una agresión o por sanciones internacionales de carácter militar decididas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

*Artículo XIII***Aplicación de las reglas sin hacer distinción entre los Estados**

1. En la aplicación de las presentes reglas, el Estado de residencia no hará ninguna distinción entre los Estados.

2. Sin embargo, no se considerará que se hace una distinción :

a) Por el hecho de que el Estado de residencia aplique con criterio restrictivo una de las presentes

reglas, porque así sea aplicada a su consulado en el Estado que envía;

b) Por el hecho de que el Estado de residencia conceda, a condición de que exista reciprocidad, los privilegios e inmunidades para cuya concesión la condición de reciprocidad esté expresamente prevista en los presentes artículos o en otros acuerdos internacionales aplicables en la materia.

Comentario

1. El párrafo 1 constituye la aplicación a las relaciones e inmunidades consulares del principio general de derecho internacional derivado de la igualdad soberana de los Estados. El texto, después de enunciar en el párrafo 1 el principio fundamental, precisa en el párrafo 2 dos casos en los cuales la desigualdad de trato no constituye una violación del principio fundamental, porque está justificado por el principio de la reciprocidad cuya aplicación en esta materia es bastante común, sobre todo en cuanto a la inmunidad fiscal, las franquicias aduaneras y otras ventajas de orden material que se conceden a los miembros del personal consular.

2. En el primer caso, el principio de reciprocidad tiene un efecto negativo, al autorizar al Estado de residencia a aplicar una de las presentes reglas de manera restrictiva, cuando sea aplicada del mismo modo a su consulado en el Estado que envía. Cabe señalar que debe tratarse de una aplicación hecha por el Estado que envía y que debe mantenerse dentro del límite estricto de dicha regla. En caso contrario, se trataría de una violación de la regla mencionada y el acto del Estado de residencia sería de represalias.

3. En el segundo caso, puede ocurrir que el Estado de residencia tenga que conceder, por aplicación del principio de reciprocidad, privilegios e inmunidades consulares *más restringidos* a los miembros del personal consular del Estado que envía, debido a que este último concede tales privilegios e inmunidades de modo más limitado que el Estado de residencia; o, al contrario, puede, por aplicación del mismo principio, conceder a los miembros del personal consular del Estado que envía privilegios e inmunidades *más amplios* que al personal de los otros consulados extranjeros situados en su territorio, debido a que el Estado que envía concede a los miembros del personal consular de sus consulados privilegios e inmunidades más amplios. El texto del artículo y de su comentario se basan, en gran parte, en el texto del artículo 44 del proyecto sobre relaciones e inmunidades diplomáticas y en el comentario a dicho artículo.

DOCUMENTO A/CN.4/L.86

Proyecto de artículos provisionales presentado por Jaroslav Žourek, Relator Especial

[*Texto original en francés*]
[21 de abril de 1960]

NOTA : Este texto, preparado por el Relator Especial para la mayor comodidad de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y para acelerar los trabajos de la Comisión, comprende los artículos ya aprobados en el undécimo período de sesiones,