

PROGRAMA, PROCEDIMIENTOS, MÉTODOS DE TRABAJO Y DOCUMENTACIÓN DE LA COMISIÓN

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/454

Esquemas preparados por miembros de la Comisión sobre temas seleccionados de derecho internacional

[Original: francés/inglés]
[9 de noviembre de 1993]

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| <i>Nota</i> | 227 |
| INTRODUCCION | 232 |
| ESQUEMAS PREPARADOS POR MIEMBROS DE LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE TEMAS SELECCIONADOS DE DERECHO INTERNACIONAL | |
| Las condiciones legales de inversion de capital y acuerdos correspondientes, por el Sr Mohamed Bennouna | 233 |
| Propiedad y proteccion de los pecios mas alla de los limites de la jurisdiccion maritima nacional, por el Sr Derek William Bowett | 235 |
| <i>Jus cogens</i> , por el Sr Andreas Jacovides | 238 |
| Sucesion de Estados y sus repercusiones en la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas y sucesion de Estados con respecto a la calidad de miembro en organizaciones internacionales, por el Sr Vaclav Mikulka | 246 |
| El derecho relativo a las migraciones internacionales, por el Sr Guillaume Pambou-Tchivounda | 251 |
| La ley y la practica en materia de reservas a los tratados, por el Sr Alain Pellet | 254 |
| Aplicacion extraterritorial de la legislacion nacional, por el Sr Pemmaraju Sreenivasa Rao | 264 |
| El derecho de las aguas subterranas internacionales (confinadas), por el Sr Alberto Szekely | 269 |
| Bienes comunes de la humanidad, por el Sr Christian Tomuschat | 272 |
| Derechos y obligaciones de los Estados en lo que respecta a la proteccion del medio ambiente humano, por el Sr Chusei Yamada | 275 |

NOTA

Acuerdos bilaterales y multilaterales citados en el presente informe

ACUERDOS BILATERALES

| | <i>Fuente</i> |
|--|---|
| Tratado definitivo de limites entre Francia y España (Elizondo, 27 de agosto de 1785) | A del Cantillo, <i>Tratados, Convenios y Declaraciones de paz y de comercio</i> , Madrid, 1843, pag 594 |
| Tratado sobre las fronteras entre los Países Bajos y Hannover (Mappen, 2 de julio de 1824) | Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 205 |

| | <i>Fuente</i> |
|---|---|
| Acta de limites entre Francia y el canton de Neuchatel (Neuchatel, 4 de noviembre de 1824) | Ibid , tratado N ° 195 |
| Convencion entre Italia y Suiza sobre el arreglo del conflicto de la frontera entre Lombardia y el Canton de Ticino (Lugano, 5 de octubre de 1861) | G F de Martens, <i>Nouveau Recueil general des Traites</i> , vol XX, pag 186 |
| Tratado entre Austria y Baviera sobre el regimen de la frontera y otras relaciones entre Bohemia y Baviera (24 de junio de 1862) | Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 135 |
| Tratado de limites entre España y Portugal (Lisboa, 29 de septiembre de 1864) | Ibid , tratado N ° 241 |
| Acuerdo entre Gran Bretaña y Francia relativo a la Costa somali (Londres, 2 y 9 de febrero de 1888) | BFSP, 1890-1891, vol 83, pag 672, y Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 16 |
| Tratado entre Suiza y Austria-Hungria para la rectificacion del Rin desde la desembocadura del Ill, aguas arriba, hasta la entrada del rio en el lago Constanza, aguas abajo (Viena, 30 de diciembre de 1892) | BFSP, 1891-1892, vol 84, pag 690, y Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 141 |
| Canje de notas entre Francia y el Reino Unido sobre la frontera entre la Costa de Oro y el Sudan frances (Londres, 8 de abril de 1904) | Vease BFSP, 1902-1904, vol 97, pag 31 |
| Acuerdo relativo a la delimitacion de la frontera entre Persia y Turquía (Teheran, 21 de diciembre de 1913) | <i>The Consolidated Treaty Series</i> , C Parry ed , vol 215, 1911-1912, pag 138 |
| Disposiciones relativas a la frontera comun de Belgica y Alemania establecidas por una Comision de Limites compuesta por representantes del Imperio Britanico, Francia, Italia, Japon, Belgica y Alemania, en ejecucion de las clausulas del Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919, relativas a dicha frontera (Aquisgran, 6 de noviembre de 1922) | Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 118 |
| Protocolo entre Francia y Gran Bretaña que define la frontera entre el Africa ecuatorial francesa y el Sudan angloegipcio (Londres, 21 de enero de 1924) | BFSP, 1924, 1ª parte, vol 119, pag 354, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 25 |
| Acuerdo entre Egipto e Italia relativo a las fronteras entre Cirenaica y Egipto (sobre el pozo de Ramla) (El Cairo, 6 de diciembre de 1925) | BFSP, 1930, 2ª parte, vol 133, pag 976, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 6 |
| Canje de notas entre los Gobiernos britanico e italiano para regular el aprovechamiento de las aguas del rio Gach (Roma, 12 y 15 de junio de 1925) | SDN, <i>Recueil des Traites</i> , vol XXXVIII, pag 200 |
| Tratado entre Francia y Alemania relativo a la delimitacion de la frontera (Paris, 14 de agosto de 1925) | Ibid , vol LXXV, pag 104 |
| Convencion entre la Union de Republicas Socialistas Sovieticas y Persia relativa a la utilizacion comun de las aguas y rios limítrofes (Ashkhabad, 20 de febrero de 1926) | Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 103 |
| Acuerdo entre Belgica y Alemania relativo a la frontera comun (Aquisgran, 7 de noviembre de 1929) | SDN, <i>Recueil des Traites</i> , vol CXXI, pag 328, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 150 |
| Tratado de paz, amistad y arbitraje entre la Republica Dominicana y Haiti (Santo Domingo, 20 de febrero de 1929) | SDN, <i>Recueil des Traites</i> , vol CV, pag 216, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 68 |
| Acuerdo entre Persia y Turquía relativo a la linea fronteriza (Teheran, 23 de enero de 1932) | BFSP, 1932, vol 135, pag 671, vease tambien Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 101 |
| Acuerdo entre Belgica y el Reino Unido sobre el uso de las aguas en la frontera entre Tanganyica y Ruanda-Urundi (Londres, 22 de noviembre de 1934) | SDN, <i>Recueil des Traites</i> , vol CXC, pag 103 |
| Acuerdo entre el Gobierno Federal de Austria y el Estado de Baviera sobre la desviacion de las aguas del Rissbach, del Durrach y del Walchen (16 de octubre de 1950) | Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 136 |

| | <i>Fuente</i> |
|--|---|
| Convenio entre el Gran Ducado de Luxemburgo y el Estado de Renania-Palatinado de la Republica Federal de Alemania relativo a la construccion de una central hidroelectrica en el Sauer (Trevers, 25 de abril de 1950) | Ibid , tratado N ° 201 |
| Acuerdo entre la Republica Siria y el Reino Hachemita de Jordania sobre el aprovechamiento de las aguas del Yarmuk (Damasco, 4 de junio de 1953) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 184, pag 25 |
| Acuerdo entre el Gobierno de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia y el Gobierno de la Republica Popular Hungara relativo a cuestiones de hidroeconomia (Belgrado, 8 de agosto de 1955) | Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 228 |
| Acuerdo entre el Gobierno de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia y la Republica Popular de Albania sobre el regimen de aguas (Belgrado, 5 de diciembre de 1955) | Ibid , tratado N ° 128 Vease tambien Yugoslavia, <i>Federative Narodne Republike Jugoslavije Merundarodni Ugovorvi</i> , 1957, N ° 74, pag 16 |
| Convenio entre la Republica Federal de Alemania y la Republica Francesa sobre el aprovechamiento del curso superior del Rin entre Basilea y Estrasburgo (Luxemburgo, 27 de octubre de 1956) | Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 180 |
| Acuerdo entre el Gobierno de la Republica Italiana y el Gobierno de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia relativo al abastecimiento de agua al municipio de Gorizia (Nova Gorica, 18 de julio de 1957) | Ibid , tratado N ° 236 |
| Actas de la reunion de las delegaciones de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia y del Reino de Grecia que se efectuó el 26 de agosto y el 1 ° de septiembre de 1957 a fin de establecer la forma y el plan de colaboracion para los estudios hidroeconomicos de la cuenca de desague del lago de Dojran (1 ° de septiembre de 1957) | Ibid , tratado N ° 223 |
| Acuerdo entre Checoslovaquia y Polonia relativo a la utilizacion de los recursos hidraulicos en aguas fronterizas (Praga, 21 de marzo de 1958) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 538, pag 89 |
| Acuerdo sobre el regimen de aguas entre el Gobierno de la Republica Popular Federativa de Yugoslavia y el Gobierno de la Republica Popular de Bulgaria (Sofia, 4 de abril de 1958) | Ibid , vol 367, pag 104 |
| Convenio entre el Gran Ducado de Luxemburgo y el Estado de Renania-Palatinado de la Republica Federal de Alemania relativo a la construccion de instalaciones hidroelectricas en el Our (Trevers, 10 de julio de 1958) | Naciones Unidas, <i>Textes legislatifs</i> , tratado N ° 202 |
| Declaracion de Evian (Argelia-Francia) (Evian, 19 de marzo de 1962) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 507, pag 25 |
| Convencion franco-suiza relativa la proteccion de las aguas del lago Lemán contra la contaminacion (Paris, 16 de noviembre de 1962) | Ibid , vol 922, pag 49 |
| Acuerdo entre Polonia y la Union Sovietica relativo a la utilizacion de los recursos hidraulicos en las aguas fronterizas (Varsovia, 17 de julio de 1964) | Ibid , vol 552, pag 175 |
| Convencion entre la Republica Francesa y la Republica Federal de Alemania sobre el desarrollo del Rin entre Estrasburgo/Khel y Lautembourg/Neuburgweier (Paris, 4 de julio de 1969) | Ibid , vol 760, pag 305 |
| Australia-Paises Bajos acuerdo sobre los antiguos pecios holandeses | Australia, <i>Treaty Series</i> , N ° 18, pag 17 |
| Acuerdo de los rios fronterizos entre Finlandia y Suecia (Estocolmo 15 de diciembre de 1971) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 825, pag 191 |
| Acuerdo de 1973 (Acta N ° 242) de la Comision internacional de Limites y Aguas entre Mexico y Estados Unidos relativo a los problemas de salinidad del rio Colorado (Mexico y Tlatelolco, 30 de agosto de 1973) | Ibid , vol 915, pag 203 |

- | | <i>Fuente</i> |
|--|---|
| Acuerdo sobre la intervención de los organismos encargados de luchar contra la contaminación accidental de las aguas por los hidrocarburos u otras sustancias que puedan alterar las aguas y reconocidos como tales en el marco de la Convención franco-suiza de 16 de noviembre de 1962 relativa a la protección de las aguas del lago Léman contra la contaminación (Berna, 5 de mayo de 1977) | Ibid., vol. 1080, pág. 155. |
| Convenio de 1978 entre el Canadá y los Estados Unidos de América respecto de la calidad del agua de los Grandes Lagos (Ottawa, 22 de noviembre de 1978) | <i>United States Treaties and Other International Agreements, 1978-79</i> , vol. 30, parte 2. |
| Acuerdo entre Austria y Checoslovaquia a fin de solucionar algunas cuestiones de interés común en materia de centrales nucleares (Viena, 18 de noviembre de 1982) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1365, pág. 273. |
| Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa relativo a la admisión en puestos fronterizos de personas en situación de estancia ilegal (Madrid, 8 de enero de 1988) | <i>Boletín Oficial del Estado</i> , N.º 108, 6 de mayo de 1989. |

ACUERDOS MULTILATERALES

- | | <i>Fuente</i> |
|---|---|
| Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y de salvamento marítimo (Bruselas, 23 de septiembre de 1910) | G. F. de Martens, ed., <i>Nouveau Recueil général des Traités</i> , 3.ª serie, Leipzig, 1913, t. VII. |
| Tratado de Versalles (28 de junio de 1919). | Ibid., 1923, t. XI, págs. 323 y ss. |
| Convención sobre nacionalidad (Montevideo, 26 de diciembre de 1933) | <i>Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936</i> , Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1938, pág. 454. |
| Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de diciembre de 1966) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , N.º 243, 10 de octubre de 1979. |
| Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, pág. 137. |
| Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 14 de mayo de 1954) | Ibid., vol. 249, pág. 293. |
| Convención de establecimiento de una organización internacional de metrología legal (París, 12 de octubre de 1955) | Ibid., vol. 560, pág. 3. |
| Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958) | Ibid., vol. 450, pág. 115. |
| Convención Única sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961) | Ibid., vol. 520, pág. 167. |
| Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961) | Ibid., vol. 989, pág. 221. |
| Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua (Moscú, 5 de agosto de 1963) | Ibid., vol. 480, pág. 43, J. M. Ruda, <i>Instrumentos internacionales</i> , TEA, Buenos Aires, 1976, pág. 681. |
| Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Washington, 18 de marzo de 1965) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 575, pág. 206. |
| Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (Londres, Moscú y Washington, 27 de enero de 1967) | Ibid., vol. 610, pág. 228. |
| Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967) | Ibid., vol. 606, pág. 288. |

- Fuente*
- Protocolo de modificación de la Convención para unificar ciertas reglas relativas al auxilio y salvamento marítimos firmada en Bruselas el 23 de septiembre de 1910 (Bruselas, 27 de mayo de 1967) Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Cooperación para el Desarrollo de Bélgica, Dirección de Tratados, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles) — Textes*, 1.º de abril de 1982, pág. 127.
- Convención africana sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales (Argel, 15 de septiembre de 1968) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1001, pág. 3.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969) *Ibid.*, vol. 1155, pág. 443.
- Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (París, 14 de noviembre de 1970) *Ibid.*, vol. 823, pág. 233.
- Convención relativa a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materia civil y comercial (La Haya, 1.º de febrero de 1971) *Ibid.*, vol. 1144, pág. 250.
- Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) Naciones Unidas, *Anuario jurídico 1974*, pág. 102.
- Protocolo de modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (Ginebra, 25 de marzo de 1972) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 976, pág. 59.
- Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural (París, 16 de noviembre de 1972) *Ibid.*, vol. 1037, pág. 163.
- Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978) *Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, Documentos Oficiales, vol. III, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.79.V.10), pág. 195.
- Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias (Ginebra, 13 de noviembre de 1979) Doc. E/ECE/1010.
- Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (Nueva York, 5 de diciembre de 1979) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1363, pág. 3.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982) *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.
- Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983) Doc. A/CONF.117/14.
- Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (Viena, 22 de marzo de 1985) PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Reino Unido), 1991, vol. 2, pág. 301.
- Convenio sobre delitos relativos a la propiedad cultural (Delphes, 23 de junio de 1985) Consejo de Europa, *Série des Traités européens*, N.º 119.
- Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Seúl, 11 de octubre de 1985) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1508, pág. 99.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986) Doc. A/CONF.129/15.
- Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono (Montreal, 16 de septiembre de 1987) PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Reino Unido), 1991, vol. 2, pág. 309.
- Convención de Salvamento Internacional (Londres, 28 de abril de 1989) OMI, 1989.
- Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (Dublín, 15 de junio de 1990) *Boletín de las Comunidades Europeas*, N.º 6, 1990, pág. 159.

| | |
|---|---|
| Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes | RGDIP, vol 94, 1990, N.º 4, pag 1047 En español, vease <i>Boletín Oficial del Estado</i> , N.º 81, 5 de abril de 1994 |
| Protocolo del Tratado Antártico sobre la Protección del Medio Ambiente (Madrid, 4 de octubre de 1991) | ILM, vol XXX, N.º 6, pag 1461 |
| Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (Maastricht, 9 de febrero de 1992) | Consejo de las Comunidades Europeas/Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1992 |
| Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992) | ILM, vol XXXI, N.º 4, julio de 1992, pag 851 |
| Convenio sobre la diversidad biológica (Rio de Janeiro, 5 de junio de 1992) | Ibid., pag 822 |

Introducción

1. En el 44.º período de sesiones (1992) de la Comisión de Derecho Internacional, el Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada de la Comisión estableció un Grupo de Trabajo compuesto por los siguientes miembros: Sr. Derek Bowett (Presidente), Sr. Awn Al-Khasawneh, Sr. Mohamed Bennouna, Sr. Peter Kabatsi, Sr. Mochtar Kusuma-Atmadja, Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda, Sr. Alain Pellet, Sr. Jiuyong Shi, Sr. Alberto Szekely, Sr. Vladlen Vereshchetin y Sr. Chusei Yamada. El Grupo de Trabajo debía examinar un número limitado de temas cuya inclusión en el programa de trabajo de la Comisión se recomendaría a la Asamblea General¹.

2. Conforme al procedimiento propuesto por el Grupo de Planificación a recomendación del Grupo de Trabajo, propuesta que mereció subsiguientemente el apoyo de la Comisión, se solicitó que ciertos miembros de la Comisión, con el Sr. Bowett en funciones de coordinador, prepararan breves esquemas o resúmenes explicatorios sobre temas incluidos en una lista preseleccionada. Cada esquema o resumen explicatorio debía indicar:

a) Las principales cuestiones que plantea el tema;

b) Los tratados, principios generales o leyes nacionales aplicables y las resoluciones judiciales correspondientes,

c) La doctrina existente;

d) Las ventajas e inconvenientes de preparar un informe, un estudio o un proyecto de convención si la Comisión decidiese incluir este tema en su programa de trabajo.

3. Los esquemas preparados de conformidad con este procedimiento fueron considerados por el Grupo de Trabajo en el 45.º período de sesiones (1993) de la Comisión.

4. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió, a recomendación del Grupo de Trabajo, que los esquemas se publicasen en un documento oficial de la Comisión de la serie A/CN.4/, que se incluiría posteriormente en el *Anuario* de 1993 de la Comisión. El presente documento ha sido preparado en respuesta a esa decisión. Reproduce los esquemas en orden alfabético de los nombres de sus respectivos autores².

¹ *Anuario* 1992, vol II (segunda parte), documento A/47/10, párrs 368 a 370

² *Anuario* 1993, vol II (segunda parte), documento A/48/10, párrs 425 a 443

ESQUEMAS PREPARADOS POR MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE TEMAS SELECCIONADOS DE DERECHO INTERNACIONAL

**Las condiciones legales de inversión de capital y acuerdos correspondientes,
por el Sr. Mohamed Bennouna**

1. El último decenio ha visto un empeoramiento del endeudamiento de la mayor parte de los países del tercer mundo, una disminución en las corrientes de inversión Norte-Sur y una plétora de políticas de ayuda y asistencia cuyas consecuencias sobre el desarrollo real de la población han sido insignificantes.

2. El fomento de la inversión extranjera privada y directa en esos países se justifica por las siguientes ventajas:

- a) Logro de financiación a largo plazo;
- b) Infusión de un cierto espíritu de empresa, adquisición de conocimientos técnicos e introducción de nuevas tecnologías;
- c) Ausencia de todo efecto adverso en las balanzas de pagos que ya se encuentran en grave situación de déficit. Los ingresos sólo se repatrian si la operación resulta lucrativa, mientras que, en el caso de los préstamos, debe pagarse el interés fijo independientemente de la rentabilidad.

Sin embargo, un requisito previo para atraer capital privado es la creación de un ambiente de confianza en el que se ofrezcan ciertas garantías al inversionista.

3. En derecho internacional clásico, la cuestión se estudiaba desde el punto de vista del estatuto de los extranjeros y sus propiedades y, por lo tanto, en términos de relaciones entre el lugar de la nacionalidad y la soberanía territorial. Sin embargo, la doctrina jurídica clásica, fuertemente favorable a los países exportadores de capital, daba precedencia a la protección de los «derechos adquiridos» de los extranjeros sobre las prerrogativas del Estado territorial.

4. Los ataques a esa doctrina por parte de países del tercer mundo durante el decenio de 1960 llevaron a la conclusión de un número considerable de acuerdos bilaterales para regir el estatuto de la inversión extranjera. El desarrollo y la complejidad de las relaciones económicas internacionales también coadyuvaron al surgimiento de la necesidad de un nuevo régimen jurídico.

5. Como señala Jean Pierre Laviecc:

[] el concepto de inversión no tiene equivalente en ninguna categoría concreta del derecho privado. Mantiene un aspecto genérico y una dimensión funcional [] Frecuentemente, una operación de inversión se realiza mediante una serie de actos legales que, tomados en conjunto, constituyen tal inversión, si cada uno de esos actos se considerara aisladamente, algunos de ellos podrían no ser considerados como tal¹

Esta cuestión ya había sido tratada por un tribunal arbitral en el caso *Holiday Inn/Occidental Petroleum v. Government of Morocco* (el primer laudo dictado en 1975 por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, del Banco Mundial)².

6. Sigue siendo cierto que lo que caracteriza a la inversión directa es el hecho de que el extranjero controle la operación final. Así, el vínculo incondicional de la nacionalidad ya no es suficiente para determinar la naturaleza nacional o extranjera de una inversión; debe aplicarse siempre el criterio del control.

7. Además, el fenómeno de las empresas transnacionales complicará la acción mutua de estos criterios y la determinación de la nacionalidad de una inversión. Una empresa transnacional consta de una serie de empresas privadas, sujetas a diversas soberanías territoriales y unidas por una estrategia común establecida por la empresa matriz.

8. En ausencia de cualquier codificación legal o de una definición precisa y generalmente aceptada, el criterio del control, al igual que el concepto de empresa transnacional, es una determinación *de facto* basada en la evaluación de la situación económica real.

9. El estatuto jurídico de una inversión extranjera debe investigarse en el derecho interno (códigos nacionales de inversión) y también en derecho internacional, examinando la jurisprudencia internacional, los acuerdos internacionales bilaterales y multilaterales y la práctica consuetudinaria internacional.

1. LEGISLACION NACIONAL

10. La legislación nacional está destinada a regir la inversión en el territorio nacional; en algunos países está consolidada en códigos; en otros se halla dispersa entre varios ámbitos pertinentes del derecho local (mercantil, financiero, social, etc.). Tal legislación puede consolidarse en un solo código aplicable a todas las inversiones o adoptar la forma de códigos sectoriales para distintos sectores económicos.

11. La legislación nacional expone las condiciones de aceptabilidad de la inversión extranjera (aprobación previa, procedimiento contractual), si se requiere o no que esté asociada con el capital local, las ventajas concretas concedidas (beneficios fiscales, aduaneros, etc.), las garantías y procedimientos legales para el arreglo de controversias. En la mayor parte de los casos, la legislación

¹ *Protection et promotion des investissements—Etude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, pag 25

² Véase Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1976* (Nº de venta S 78 V 5), pages 120 y 121

se refiere a procedimientos establecidos en virtud de acuerdos internacionales³.

12. En cualquier intento de codificación sería útil enumerar los principios jurídicos amplios establecidos en la legislación nacional con respecto a la protección de la inversión extranjera (tales como los principios de no discriminación y de tratamiento nacional).

2. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

13. El análisis de la jurisprudencia internacional ayuda a la hora de definir el lugar que ocupa el derecho internacional general en esta materia. Dos asuntos sometidos a la Corte Internacional de Justicia (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* y *Elettronica Sicula S.p.A.*) pueden servir de ejemplo.

14. En el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company*⁴, la Corte destacó que, con respecto a los actos ilegales dirigidos contra una compañía de capital extranjero, la norma general de derecho internacional consistía en que sólo el Estado nacional de dicha compañía podía ejercer la acción (la compañía en cuestión era de nacionalidad canadiense, la mayoría de sus accionistas eran belgas y realizaba sus operaciones en España). En estas circunstancias, al margen de estipulaciones en convenciones, la cuestión de la protección de los accionistas sigue sin resolver. La Corte admitió, sin embargo, dos excepciones que permiten interponer una demanda a los nacionales del Estado de los accionistas:

- a) Cuando la compañía haya dejado de existir; o
- b) Cuando el Estado nacional de la compañía no tenga autorización para actuar en nombre de la compañía.

Por último, la Corte no examinó el caso en que el Estado cuya responsabilidad se debate es, al mismo tiempo, Estado nacional de la sociedad (aun cuando los accionistas sean extranjeros). Se solicitó a la Corte que considerara esta cuestión en 1989.

15. En el segundo asunto, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*⁵ (*États-Unis c. Italie*), el Estado nacional de la sociedad es Italia. Italia es también el Estado que ha cometido los actos ilegales citados en la demanda y los accionistas son de nacionalidad estadounidense.

16. Si bien la Corte⁶ desestimó la demanda de los Estados Unidos basándose en su interpretación de un tratado entre los dos países, parece dejar abierta la posibilidad de que un Estado aplique protección diplomática a los nacionales accionistas de dicho Estado, por lo menos cuando la sociedad extranjera tenga la nacionalidad del Estado demandado. En consecuencia se plantea la cuestión de si la Corte dejó de tener en cuenta la tendencia, visible en un gran número de acuerdos bilaterales, a la protección de los accionistas y el debido respeto al criterio del control.

³ Este es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de conciliación y arbitraje del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados

⁴ Segunda fase, fallo, *C I J Recueil 1970*, pág. 3

⁵ Fallo, *C I J Recueil 1989*, pág. 15

⁶ Esta controversia fue decidida en una Sala de la Corte

3. ACUERDOS BILATERALES

17. Los acuerdos bilaterales para la promoción y protección de la inversión han aparecido sólo en los últimos 30 años.

18. A raíz de la descolonización y de los desafíos al derecho consuetudinario, los países industrializados han buscado otros mecanismos para proteger a sus nacionales en el extranjero.

19. Los acuerdos presentan gran semejanza por basarse en prototipos ideados por los países industrializados exportadores de capital. De ello se desprende que este régimen jurídico entraña esencialmente relaciones Norte-Sur.

20. En 1987 se contaban 265 tratados bilaterales para la promoción y la protección de la inversión⁷. La mayoría de estos acuerdos se refieren al criterio del control, según el cual la inversión debe ser de propiedad o control de un nacional o de una sociedad de una de las partes. La persona jurídica protegida se define como una sociedad en la que, o bien personas físicas nacionales de un Estado, o bien ese Estado mismo, sus organismos o sus agentes, tienen interés considerable. Estos acuerdos repiten un cierto número de normas consuetudinarias relativas al tratamiento de los extranjeros: a) no discriminación; b) tratamiento imparcial y equitativo; y c) cláusula de la nación más favorecida. También incluyen procedimientos detallados para el arreglo de controversias.

4. ACUERDOS MULTILATERALES

21. En este sentido son particularmente dignos de nota dos convenios. Uno de ellos es el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. En virtud del Convenio, un Estado, a cambio de la renuncia del Estado nacional a protección diplomática, permite a sus nacionales que recurran a conciliación y arbitraje con el Estado receptor de la inversión.

22. Este Convenio permite internacionalizar la relación entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión; define la inversión y autoriza el recurso al criterio del control. Si bien no podemos entrar en un análisis detallado en este momento de la jurisprudencia arbitral que ha generado, contiene elementos de juicio que se encuentran en el derecho internacional general.

23. El otro es el Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI). Este Convenio establece un Organismo que asegura al inversionista extranjero y también contiene varias normas sustantivas que definen inversión e inversionista (criterio del control). El seguro depende de que el Estado receptor proporcione garantías jurídicas mínimas.

⁷ Véase el estudio del Centro de las Empresas Transnacionales, de las Naciones Unidas, *Bilateral Investment Treaties*, 1988 (ST/CTC/65), primera parte, parr. 15

5. COSTUMBRE INTERNACIONAL

24. En este ámbito la costumbre se ha centrado tradicionalmente en torno a la obligación del país receptor de respetar una norma mínima en el tratamiento dado al inversionista extranjero. En caso de violación de dicha obligación, el Estado es responsable. Los principios de no discriminación y tratamiento nacional proceden de esta norma mínima.

25. Los Estados del tercer mundo han impugnado esta costumbre, alegando que proporciona protección absoluta a «los derechos adquiridos» de los inversionistas extranjeros y limita las prerrogativas del Estado receptor de la inversión con respecto al ordenamiento de los recursos naturales y las actividades económicas en su territorio (principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales)⁸.

⁸ Véanse Samuel K. B. Asante, «Droit international et investissements» en *Droit international—Bilan et perspectives*, Bedjaoui, ed (Paris, Pedone, 1991, t 2, cap XXXI, pags 711 y ss), y Georges Abi-Saab, «La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques», *ibid* , cap XXVII, pags 640 y ss

6. CONCLUSIONES

26. Hasta la fecha no ha sido posible adoptar ni un régimen multilateral para la protección de las inversiones ni un código de conducta de las empresas transnacionales. Con lo que sí contamos es con un gran número de acuerdos bilaterales y multilaterales que se ocupan de algunos aspectos del régimen jurídico de las inversiones. Del mismo modo, no existe amplia jurisprudencia internacional de la que se puedan extraer los temas principales en la evolución del derecho internacional general.

27. Además, la proliferación de las economías de mercado y del liberalismo económico es una razón adicional para estudiar todos estos instrumentos legales y la jurisprudencia con objeto de determinar si existen principios comunes que reflejen una opinión jurídica universal y, por lo tanto, que sean elegibles para codificación.

28. Esta codificación podría adoptar la forma de convención multilateral general que permitiera corregir los actuales desequilibrios de los acuerdos bilaterales impuestos por una de las partes. Tal convención podría contribuir notablemente a la reglamentación de las relaciones Norte-Sur en el campo vital de las inversiones.

Propiedad y protección de los pecios mas allá de los límites de la jurisdicción marítima nacional, por el Sr. Derek William Bowett

INTRODUCCION

1. Los adelantos en ciencia y tecnología de la exploración submarina han facilitado el descubrimiento y recuperación de pecios de naufragios y sus cargamentos.

2. Entre los intereses contradictorios que se presentan en este tema se cuentan: a) los deportivos y recreativos (los «aficionados»); b) los económicos (cargamento valioso); c) los gubernamentales (razones de seguridad, patrimonio nacional, etc.); y d) los científicos (la investigación científica marina).

1. DEFINICION DE «PECIO»

3. A fines de derecho de salvamento la definición legal se concentra en el concepto de nave «en peligro» y el derecho de salvamento presume que hay un propietario y que el salvador tiene derecho a una recompensa del propietario cuando se haga efectivo el salvamento.

4. Por otra parte hay considerable incertidumbre acerca de que un «pecio» esté sujeto a salvamento por encontrarse «en peligro». Pertinentes para el estudio de esta cuestión son los siguientes asuntos federales en los Estados Unidos: *Treasure Salvors Inc. v. The Unidentified*

*Wrecked and Abandoned Sailing Vessel*¹, *Platoro Limited Inc. v. The Unidentified Remains of a Vessel*² y *Hener v. United States of America*³.

5. Además, el Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y de salvamento marítimo, el Protocolo de 1967 a la Convención de Bruselas y la Convención de Salvamento Internacional de la Organización Marítima Internacional también son pertinentes para el estudio. (Estas convenciones no resuelven la cuestión, sino que la dejan en manos de la legislación nacional.)

2. JURISDICCION DEL ESTADO RIBEREÑO

6. La jurisdicción del Estado ribereño puede adoptar varias formas, entre las que se cuentan:

a) La facultad de remover pecios en interés de la seguridad de la navegación;

b) La jurisdicción para entender en acciones de salvamento;

¹ *Federal Reporter*, Second Series, vol 569 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 13 de marzo de 1978), pags 330 y ss

² *Federal Supplement*, vol 518 (United States District Court, W D Texas, Austin Division, 6 de mayo de 1981), pags 816 y ss

³ *Ibid* , vol 525 (United States District Court, S D New York, 15 de octubre de 1981), pags 350 y ss

c) La jurisdicción para «proteger» el pecio y regular el acceso al lugar del naufragio;

d) La jurisdicción para entender en acciones sobre la propiedad del pecio y/o de su cargamento.

7. En principio, las cuestiones incluidas en *a* y *b* se limitan a aguas interiores y territoriales⁴.

8. Sin embargo, en relación con los objetos arqueológicos y los de origen histórico encontrados en el mar, en el párrafo 2 del artículo 303 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se dispone que:

A fin de fiscalizar el tráfico de tales objetos, el Estado ribereño, al aplicar el artículo 33, podrá presumir que la remoción de aquellos de los fondos marinos de las zonas a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo

Así pues, hay jurisdicción adicional en la zona contigua.

9. Las zonas de la plataforma continental y/o de la zona económica exclusiva y el alta mar más allá de los límites de la jurisdicción nacional siguen sujetas a gran incertidumbre en este aspecto y es claro que la Convención no ha establecido régimen general alguno que se pueda hacer extensivo a los pecios.

a) *La plataforma continental y/o la zona económica exclusiva*

10. Pese a los esfuerzos de algunos Estados, en particular Grecia, por extender la jurisdicción del Estado ribereño para que incluyera los pecios de interés arqueológico e histórico dentro de las 200 millas, la mayoría se opuso a esos intentos de ampliación de la jurisdicción del Estado ribereño a recursos distintos de los recursos «naturales». Pero hay alguna práctica de los Estados que apoya esa facultad (véanse párrs. 21 y 22 *infra*) y el deber más limitado de protección de los objetos arqueológicos e históricos (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 303, párrafo 1) ciertamente se extiende a esas zonas.

11. Por otra parte, Australia y Papua Nueva Guinea, en un acuerdo de fronteras marítimas de 1978, presumieron, en su artículo 9, una jurisdicción general sobre los pecios dentro de su jurisdicción del fondo marino. Y Australia cuenta con legislación en ese sentido en la Historic Shipwrecks Act (Ley de pecios históricos) de 1976⁵.

b) *La alta mar más allá de la jurisdicción nacional*

12. Tampoco existe en este aspecto un régimen general sobre la alta mar más allá de la jurisdicción nacional, pero en el artículo 149 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar figura una disposición especial que trata de los objetos arqueológicos históricos:

Todos los objetos de carácter arqueológico o histórico hallados en la Zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferen-

⁴ Véase Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, United States Government Printing Office, Washington (D C), 1965, vol 4, págs 4 y 5

⁵ *Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia*, N° 190, pag 1596

tes del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico

13. Sin embargo, el hecho de que no se haya establecido la Autoridad de los Fondos Marinos significa que esta disposición queda, en buena medida, desprovista de contenido y que no existe autoridad alguna con poder claro para proteger los pecios y regular su disposición en las zonas más allá de la jurisdicción nacional, por lo menos en los casos en que se ha hecho abandono de la propiedad⁶.

3. LA CUESTION DE LA PROPIEDAD O EL TITULO

14. Existen varias cuestiones respecto a la propiedad o el título:

a) ¿Hay criterios acordados para determinar si la propiedad ha sido mantenida o abandonada, de modo que los pecios sean *res derelicta*?

b) ¿Qué derecho proporciona esos criterios? (Las opciones son la ley del Estado ribereño, la ley del pabellón, la ley de la nacionalidad de los propietarios o la ley del Estado ante cuyos tribunales deba fallarse la cuestión.)

c) Transcurrido algún tiempo los pecios pueden perder su registro de pabellón y, por lo tanto, de nacionalidad en virtud del derecho de algunos Estados, quedando así «desabanderados»; pero esto no afecta a la propiedad.

d) ¿Trata adecuadamente el derecho de sucesión de los Estados de los problemas de un navío propiedad del Estado cuando dicho Estado ha desaparecido (por ejemplo los navíos de Troya y Cartago)?

e) ¿Están ciertas categorías de naves sujetas a reglas especiales?

a) *Naves de guerra, aeronaves militares y otras naves de propiedad del Estado de usos no mercantiles*

15. La práctica actual indica que hay una presunción en contra del abandono del título sobre esas naves y que se requiere un acto explícito de transferencia o abandono. La razón de esta opinión radica, en parte, en las implicaciones de seguridad que entraña el hecho de que la nave o aeronave caiga en poder de personas no autorizadas y, en parte, en el deseo de conservar los pecios intactos como «cementeros de guerra»⁷.

⁶ Véase Anastasia Strati, «Deep seabed cultural property and the common heritage of mankind», *International and Comparative Law Quarterly*, vol 40, 4ª parte, 1991, págs 859 y ss

⁷ Véase Memorando del Departamento de Estado de los Estados Unidos [Marian Lloyd Nash, *Digest of United States Practice in the International Law*, Washington (D C), 1980, pag 1005], Michael G Collins, «The salvage of sunken military vessels», *The International Lawyer*, vol 10, N° 4, 1976, pag 681, Alfred P Rubín «Sunken Soviet submarines and central intelligence Laws of property and the Agency», *AJIL*, vol 69, N° 4, 1975, pag 855, Fredenc A Eustis III, «The Glomar Explorer incident Implications for the law of salvage», *Virginia Journal of International Law*, vol 16, N° 1, 1975, pag 177. *Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of*

b) *Pecios de interés arqueológico o histórico*

16. El intento de algunos Estados de introducir un régimen especial para tales pecios en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fracasó, pero la Convención contiene algunas disposiciones de alcance limitado en el artículo 149 (citado en el párrafo 12 *supra*) y en el artículo 303. En los párrafos 1 y 3 de dicho artículo se dispone que:

1 Los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto

[]

3 Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas de derecho marítimo o a las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales

17. Es difícil deducir de lo anterior un deber general de protección que utilice los poderes legislativo, administrativo y judicial más allá de la zona contigua. Así pues, más allá de dicha zona, la cuestión fundamental es: ¿quién protege tales pecios? Se plantean también otras cuestiones concomitantes sobre la propiedad y la disposición del pecio y su cargamento. Algunos Estados, como Grecia, han abogado por un derecho de propiedad latente atribuido al Estado a cuyo patrimonio cultural pertenece la nave.

18. Por ser pertinentes para este tema se hace referencia a algunos artículos sobre esta materia⁸.

19. Además, hay un cierto número de convenciones de la UNESCO que se ocupan del patrimonio cultural, a saber, la Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, y la Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. Pero en ninguna de ellas se trata explícitamente de pecios y es de presumir que las obligaciones impuestas a los Estados no se aplicarán más allá del mar territorial.

20. Por su parte, el Consejo de Europa cuenta con el Convenio sobre delitos relativos a la propiedad cultural (1985), que, análogamente, no se extiende más allá del

Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of South Africa concerning the regulation of the terms of settlement of the salvaging of the wreck of the HMS Birkenhead, United Kingdom Treaty Series, N° 3, 1990, Protection of Military Remains Act 1986 (cap 35), Current Law Year Book 1986, Statutes and orders, parr 130, y J Ashley Roach, «France concedes United States has title to the CSS Alabama», AJIL, vol 85, N° 2, 1991, pag 381

⁸ Véase Anthony Clark Arend, «Archaeological and historical objects: The international and legal implications of UNCLOS III», *Virginia Journal of International Law*, vol 22, N° 4, 1982, pag 777, Jean-Pierre Beumer, «Pour un droit international de l'archéologie sous-marine», *RGDIP*, vol 93, 1989, pag 45, Lucius Caffish, «Submarine Antiquities and the International Law of the Sea», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol XIII, 1982, pag 3, John P Fry, «The Treasure Below Jurisdiction over salvaging operations in international waters», *Columbia Law Review*, vol 88, N° 4, 1988, pag 863, Bruce E Alexander, «Treasure salvage beyond the territorial sea: An assessment and recommendations», *Journal of Maritime Law and Commerce*,

mar territorial; y, más cerca de nuestro tema, existe un proyecto de convenio sobre el patrimonio cultural subacuático, redactado después del Informe Prott⁹.

21. Sin embargo, hay poca legislación concreta. Entre las excepciones se cuentan:

a) Australia: Historic Shipwrecks Act (ley de pecios históricos de 1976)¹⁰; y

b) Estados Unidos de América: R.M.S. Titanic Maritime Memorial Act de 1986¹¹ y la Abandoned Shipwrecks Act de 1987¹² (que esencialmente regula los poderes distribuidos entre las autoridades de los distintos Estados y las Federales en aguas de los Estados Unidos y establece un registro de pecios).

22. Además, hay pocos tratados. Las excepciones conocidas incluyen:

a) Un acuerdo entre Australia y los Países Bajos que se refiere a antiguos pecios holandeses;

b) Un acuerdo entre Australia y Papua Nueva Guinea sobre delimitación de fronteras marítimas, de 1978, en cuyo artículo 9 se confiere jurisdicción sobre los pecios que se hallen dentro de la zona de jurisdicción del fondo marino y se obliga a las partes a celebrar consultas acerca de los pecios históricos, pero se excluyen los naufragios de naves de guerra de ambas partes ocurridos después de la fecha del acuerdo.

4. DISPOSICION DE LAS NAVES RECUPERADAS O DE OBJETOS ENCONTRADOS EN ELLAS

23. En el supuesto de que el acceso al lugar sea legal, cabe plantearse la cuestión de si el «descubridor» adquiere título, con lo cual se suscitan diversas preguntas:

a) ¿Qué tribunales tienen jurisdicción para fallar en controversias sobre el título? (Si se diera a los Estados ribereños esta jurisdicción hasta 200 millas, la mayoría de los casos quedarían cubiertos. La mayor parte de los pecios se encuentra a esa distancia de la costa, ya que, tradicionalmente, las rutas comerciales han seguido en lo posible la costa y los naufragios han ocurrido cuando la meteorología o los errores de navegación han forzado a una nave a acercarse demasiado a la costa.)

b) ¿Deberían tener ciertos Estados derechos prioritarios, o preferentes, para prohibir la venta del pecio y su contenido o para comprarlos?

vol 20, N° 1, 1989, pag 1, y Lyndell V Prott y P J O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, Londres, Butterworths, 1984

⁹ Lyndell V Prott y P J O'Keefe, «Final report on legal protection of the underwater cultural heritage», *Le patrimoine culturel sous-marin*, Consejo de Europa, 1978, apéndice II, pag 45

¹⁰ Véase nota 6 *supra*

¹¹ *United States Code Congressional and Administrative News*, 99th Congress, Second Session, 1986, vol 2, pag 2082

¹² *United States Code*, 1994 ed., vol 24, título 43, parr 2101

Jus cogens, por el Sr. Andreas Jacovides

1. Uno de los temas propuestos para su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión es el del *jus cogens*, o normas imperativas del derecho internacional, de las que ningún Estado puede apartarse por convenio o de cualquier otro modo. Incorporado por primera vez en el derecho internacional por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en 1969 (denominada en lo sucesivo Convención de Viena de 1969), el *jus cogens* cuenta con antecedentes históricos considerables y ha sido precedido por importantes trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión de la Asamblea General¹. También puede encontrarse material importante en los documentos oficiales de la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados² relativos a los artículos 53, 64 y 66.

2. En casi un cuarto de siglo desde la aprobación de la Convención no han surgido normas autorizadas para determinar el contenido legal exacto del *jus cogens* o el proceso mediante el cual las normas jurídicas internacionales pueden alcanzar la calidad de imperativas. Si bien el *jus cogens* ha suscitado frecuentes referencias en debates de las Naciones Unidas, incluso en el Consejo de Seguridad, siendo tema de profundos estudios por parte de eruditos, de citas en procedimientos de sociedades académicas y de alusiones en la Corte Internacional de Justicia, y si bien suele aparecer como referencia en los debates y documentos de la Comisión de Derecho Internacional (en particular en relación con los temas de la responsabilidad de los Estados y del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad), no existe declaración definitiva de cuáles son las normas imperativas o dónde puedan encontrarse. Se suele decir, correctamente, que el principio de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales que figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas es *jus cogens*³. Sin duda otros principios y normas de derecho internacional pueden aspirar a la misma condición. Evidentemente hay que definir los parámetros exactos de qué se entiende por el concepto de *jus cogens*, puesto que la situación actual no puede llevar a la objetividad, transparencia y predecibilidad que deben caracterizar a un principio, sobre todo a uno aceptado solemnemente no sólo en la memorable Convención de Viena de 1969, sino también, de modo idéntico, en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (denominada en lo sucesivo Convención de Viena de 1986).

¹ Véase el artículo del Sr. Jacovides titulado «Los tratados en conflicto con normas imperativas de derecho internacional y los “Acuerdos” de Zurich-Londres», que figura en el anexo

² *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer periodo de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 68 V 7), *ibid.*, segundo periodo de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969 (N.º de venta S 70 V 6); e *ibid.*, primero y segundo periodo de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969 (N.º de venta S 70 V 5), documento A/CONF.39/11 y Add.1 y 2

³ Véase, por ejemplo, *Anuario 1992*, vol. II (segunda parte), documento A/47/10, párr. 227

3. Tal como existe en la actualidad, el *jus cogens* puede significar mucho para unos y muy poco para otros. La selección de temas para su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional brinda la oportunidad de que un grupo de expertos altamente cualificado y autorizado (al que ante todo se debe la codificación del concepto) estudie el tema con miras al establecimiento de qué normas de derecho internacional son en verdad imperativas. Conforme a las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional, los Estados dispondrían de la oportunidad, mediante su representante en la Sexta Comisión y sus comentarios escritos, de expresar sus opiniones, llevando así adelante el proceso de dar significado exacto al *jus cogens* y colmando el vacío jurídico que rodea al concepto. Por ello, se supone que el tema merece un lugar en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión a fines de estudio y preparación de un informe. Se presentó en este sentido una propuesta a la Sexta Comisión en el cuadragésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General, propuesta que fue reiterada en el cuadragésimo séptimo periodo de sesiones⁴. El siguiente texto es un intento de exponer más analíticamente las cuestiones en juego con objeto de facilitar el examen de esta propuesta del Sr. Derek Bowett y los demás miembros de la Comisión.

4. El concepto de *jus cogens* suscita un cierto número de cuestiones medulares del derecho internacional público⁵. Estas cuestiones pueden organizarse bajo dos epígrafes fundamentales: el efecto del *jus cogens* en la jurisprudencia internacional y la naturaleza del propio *jus cogens*. La doctrina existente sobre el tema se expresa con respecto al primero de estos ámbitos con mucho mayor claridad que con respecto al segundo. El régimen de *jus cogens* creado por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados representa la convalidación moderna de un precepto importante y bien establecido del derecho internacional tradicional⁶. Indica, además, que los tratados no sólo pueden invalidarse en virtud de las condiciones en que se concertaron, sino también cuando

⁴ Véanse «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.469), párr. 411, y declaración del representante de Chipre en la Sexta Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto periodo de sesiones, Sexta Comisión, 23.ª sesión*, párrs. 71 a 90, y 21.ª sesión, párrs. 82 a 96)

⁵ Para estudios amplos y detallados del tema, véanse Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Viena, Nueva York, Springer-Verlag, 1974; Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1976; Antonio Gómez Robledo, «Le *jus cogens* international — Sa genèse, sa nature, ses fonctions », *Recueil des cours 1981-III*, pag. 9; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1988, y Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, Duncker y Humblot, 1992

⁶ Véase en el anexo un resumen breve de los antecedentes legales e intelectuales del *jus cogens*. Puede verse también un estudio más detallado del desarrollo contemporáneo del concepto antes de la Convención de Viena en Erik Suy, «The concept of *jus cogens* in international law», en Carnegie Endowment for International Peace, Conference on International Law, Lagonissi (Grecia), 3-8 de abril de 1996, *Papers and Proceedings*, vol. 2, 1967, págs. 26 a 49

infrinjan principios jurídicos trascendentales del sistema internacional. En consecuencia, el *jus cogens* choca directamente con la libertad consuetudinaria de los Estados de formular acuerdos según lo crean conveniente. Por otra parte, tratados concertados válidamente pueden quedar invalidados por el simple hecho de regir un objeto particular de manera impermisible conforme a principios más elevados del derecho internacional.

5. Conforme a las Convenciones de Viena, las normas imperativas invalidan necesariamente todos los tratados subsiguientes e incompatibles *ab initio*. En caso de que entren en conflicto con tratados anteriores, estos tratados se convierten en nulos y terminan desde ese momento en adelante⁷. Las disposiciones pertinentes dicen lo siguiente:

Artículo 53

Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, este en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter

[]

Artículo 64

Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que este en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará⁸

6. Puesto que las normas imperativas son, por definición, inderogables, sólo pueden ser invalidadas por otras normas posteriores del mismo carácter. Las reservas impuestas por el *jus cogens* a las facultades de concertar tratados de los Estados son, por lo tanto, absolutas. Además, al identificar las normas imperativas como parte integrante del derecho internacional el artículo 53 de la Convención de Viena indica firmemente que el *jus cogens* trasciende del derecho de los tratados y se aplica más ampliamente a toda la gama de práctica de los Estados⁹. En resumen, la Convención de Viena coloca firmemente al *jus cogens* en el pináculo conceptual del derecho internacional.

⁷ Las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no contemplan una *actio popularis* en virtud de la cual terceros podrían impugnar la congruencia de un tratado determinado recurriendo al *jus cogens*. Mas bien sólo las partes en el tratado en cuestión tienen el derecho de oponerse a él con fundamentos imperativos. Las controversias entre las partes en un tratado determinado sobre la compatibilidad de ese tratado con una norma de *jus cogens* deben resolverse, primero, mediante negociación y, en su defecto, mediante arbitraje o fallo judicial (veanse los artículos 65 y 66 comunes a ambas Convenciones)

⁸ Las mismas disposiciones figuran en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986

⁹ Véase también el artículo 29 del proyecto de artículos de la Comisión sobre responsabilidad de los Estados (primera parte) que declara que los Estados que actúen en violación de una norma imperativa de derecho internacional no pueden ser eximidos de responsabilidad [Anuario 1980, vol II (segunda parte), pag 32]

7. Por muy clara que sea la situación jurisprudencial del *jus cogens*, las Convenciones de Viena no se refieren adecuadamente al segundo aspecto más fundamental, es decir a la naturaleza de las normas imperativas. En su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión de Derecho Internacional decidió «dejar que se elabore todo el contenido de esta regla en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales»¹⁰. Lamentablemente, la esperada elaboración no se ha hecho patente¹¹. Aunque el concepto sea parte sólida del derecho internacional, hasta la fecha la Corte Internacional de Justicia ha evitado fundamentar de modo decisivo cualquiera de sus fallos en un principio de *jus cogens*. Cabe aducir que, a la espera de nuevas orientaciones, la Corte se ha limitado a tomar nota con simpatía de varios asertos de que ciertas normas tal vez constituyan *jus cogens*, pero basando sus conclusiones en otros fundamentos¹². En cuanto a la práctica de los Estados, pese al apoyo casi unánime de la comunidad internacional al *jus cogens*, la predicción de un delegado en la Conferencia de Viena de que «lo que es *jus cogens* para un Estado no lo será necesariamente para otro» ha resultado en buena parte correcta¹³.

8. Entre las cuestiones no resueltas y más centrales del *jus cogens* se encuentran las siguientes: ¿Por qué medios una norma de derecho internacional llega a alcanzar el nivel de *jus cogens*? ¿Cómo se puede distinguir tal norma de otros principios más ordinarios del derecho internacional? ¿Cómo puede una norma imperativa llegar a sustituir a otra? ¿Cuáles son los posibles candidatos a *jus cogens* en nuestros días? En suma, la notable falta de certidumbre que prevalece en estas y otras cuestiones ha impedido la utilización efectiva del *jus cogens* en la jurisprudencia internacional contemporánea. Como lugar de nacimiento del *jus cogens* en el derecho internacional codificado, la Comisión de Derecho Internacional, juntamente con la Sexta Comisión, ofrece un foro excelente y altamente calificado para aclarar autorizadamente estas ambigüedades¹⁴.

¹⁰ Anuario 1963, vol II, pag 61, comentario al artículo 13, parr 3 *in fine*

¹¹ Véase una crítica breve y excelente del estado actual, un tanto desenfocado, de la jurisprudencia de *jus cogens*, en Anthony D'Amato, «It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*!», *Connecticut Journal of International Law*, vol 6, N° 1, 1990, pag 1

¹² En el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua* *contra* *el* *caso* *Nicaragua c. Estados Unidos de América*), por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia invocó el argumento frecuentemente repetido de que la prohibición del uso de la fuerza contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas constituye *jus cogens* en apoyo de su tesis de que el mismo principio existe en derecho consuetudinario [CJIJ Recueil 1986, pag 100, parr 190; Gordon A. Christenson, «The World Court and *jus cogens*», en «Appraisals of the ICJ's decision *Nicaragua v. United States (Merits)*», AJIL, vol 81, N° 1, 1987, pag 93] Desde luego, varios magistrados de la Corte han incluido ocasionalmente declaraciones más audaces en apoyo del *jus cogens* en opiniones separadas o disidentes, pero evidentemente no cabe decir de ellos que representen a la Corte en conjunto. Véase Sztucki, *op cit*, pags 12 a 22, e Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed., Manchester University Press, 1984, págs 209 a 215

¹³ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer periodo de sesiones* (vease nota 2 *supra*), pag 337, parr 64

¹⁴ La Comisión de Derecho Internacional introdujo el *jus cogens* en el derecho internacional codificado en el artículo 15 del primer informe sobre el derecho de los tratados de Sir Hersch Lauterpacht (vease Docu-

9. En el primer plano de la incertidumbre se encuentran las cuestiones emparentadas de cómo alcanzan las normas jurídicas ordinarias la condición de imperativas y qué calidades las separan del resto del derecho internacional. Los comentarios de la Comisión al proyecto de artículos de 1963 sobre el derecho de los tratados apenas sirven de guía¹⁵. Sin embargo, de las observaciones de Sir Humphrey Waldock en la Conferencia de Viena y del texto de la Convención de Viena cabe deducir el germen de una prueba. En palabras de Sir Humphrey, la Comisión de Derecho Internacional «ha planteado la cuestión del *jus cogens* situándose mucho más en el plano del derecho positivo que en el del derecho natural»¹⁶. A tal fin, el artículo 53 supone un requisito consensual de aceptación y reconocimiento por «la comunidad internacional de Estados en conjunto» antes de que una posible norma imperativa llegue realmente a convertirse en *jus cogens*. Lo que no sigue estando claro en esta formulación, sin embargo, es la forma precisa que debe adoptar este consenso y si tiene o no la capacidad de imponer obligaciones *erga omnes* a los Estados que disientan.

10. La frase «la comunidad internacional de Estados en su conjunto» se ha interpretado por lo general en la práctica en el sentido de algo menos que absoluta unanimidad. Por ejemplo, en 1976 la Comisión de Derecho Internacional sugirió que la aceptación y reconocimiento «por todos los componentes esenciales de la comunidad internacional» eran suficientes para elevar la violación de una obligación a la categoría de crimen internacional¹⁷. Según esta fórmula, el disentimiento de un Estado, o incluso de un pequeño grupo de Estados, independientemente de lo poderosos que fueran, podría bloquear la formación de una nueva norma imperativa. Análogamente y sin tantos rodeos, el Presidente del Comité de Redacción de la Conferencia de Viena, Sr. Mustafa K. Yasseen, declaró que

(Continuación de la nota 14)

mentos Oficiales de la Asamblea General, octavo período de sesiones, documento A/CN.4/63, secc. III) Para el debate sobre la genesis y evolución del *jus cogens* en la Comisión, veanse V. Nageswar Rao, «*Jus cogens* and the Vienna Convention on the Law of Treaties», *The Indian Journal of International Law*, vol. 14, 1974, pag. 362, y Egon Schwelb, «Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the International Law Commission», *AJIL*, vol. 61, 1967, pag. 946

El lenguaje del *jus cogens* sigue invadiendo la labor de la Comisión incluso hoy en día. El artículo 19 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, por ejemplo, define los crímenes internacionales en términos de violación de una obligación «esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional» (parr. 2) [*Anuario* 1980, vol. II (segunda parte), pag. 31]. Durante el debate sobre el proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, un miembro de la Comisión sugirió que se estableciera la propuesta universalidad del código diciendo que «el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una violación de las normas reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario» (*Anuario* 1987, vol. I, 1993^a sesión, parr. 39)

¹⁵ Conforme al párrafo 2 del comentario al artículo 13 del proyecto de artículos, por ejemplo, no hay un criterio generalmente aceptado para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens* (*Anuario* 1963, vol. II, pag. 61)

¹⁶ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (vease nota 2 *supra*), pag. 362

¹⁷ *Anuario* 1976, vol. II (segunda parte), pag. 118, parr. 61 del comentario al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Roberto Ago expresó una opinión semejante en «*Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*», *Recueil des cours* 1971-III, pags. 296 y ss., en especial pag. 323

«no se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia [...]»¹⁸.

11. Otros miembros, en cambio, han aducido que permitir que las mayorías obligaran a los Estados disconformes se opondría a principios ya bien establecidos del derecho internacional¹⁹. El representante de Francia en la Conferencia de Viena expresó el parecer de que si se iba a interpretar el artículo 50 en el sentido de que una mayoría puede instituir normas imperativas válidas *erga omnes*, se crearía un legislador internacional sin control y sin responsabilidad²⁰. Este alegato encuentra apoyo tanto en la doctrina judicial como en la práctica de los Estados. La opinión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États Unis d'Amérique*) mantiene, por ejemplo, que en derecho internacional no hay más normas que las que hayan aceptado los Estados interesados²¹. Además, el intento de muchos países en desarrollo, en la Asamblea General y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de elevar el concepto de «patrimonio común de la humanidad» a la calidad de norma imperativa fracasó cuando un pequeño grupo de naciones, sobre todo occidentales, se negaron a apoyar la propuesta²². El representante de los

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (vease nota 2 *supra*), pag. 519

¹⁹ Quizá el artículo más ilustrativo en este sentido sea el de Georg Schwarzenberger, «International *jus cogens*», *Texas Law Review*, vol. 43, 1965, pag. 455

²⁰ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones* (vease nota 2 *supra*), pag. 100, parr. 17. Vease también Michel Virally, «Reflexions sur le "*jus cogens*"», *Annuaire français de droit international*, vol. 12, 1966, pag. 5

²¹ *C.I.J. Recueil* 1986, pag. 135 (vease también nota 12 *supra*). Es importante señalar que, si bien la Corte se ha referido ocasionalmente al *jus cogens* en abstracto, se ha negado precavidamente a invocar el concepto como fundamento dispositivo de cualquiera de sus fallos o a identificar autorizadamente posibles normas aspirantes a la calidad de normas imperativas. En cambio, en 1965 el Tribunal Constitucional Supremo de Alemania invocó concretamente el *jus cogens* y ofreció su propia definición de normas imperativas como

«[] las normas jurídicas que están arraigadas firmemente en la convicción jurídica de la comunidad de las naciones y son indispensables para el derecho de las naciones como orden jurídico internacional y cuya observancia puede ser exigida por todos los miembros de la comunidad internacional» (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 18, 1965, pag. 449)

Vease también Stefan A. Riesenfeld, «*Jus dispositivum and jus cogens in international law*. In the light of a recent decision of the German Supreme Constitutional Court», *AJIL*, vol. 60, N.º 3, 1966, pag. 511. En los Estados Unidos las cortes federales del Noveno Circuito y del Distrito de Columbia han confirmado la presencia y pertinencia del *jus cogens* en el derecho internacional. *Trajano v. Marcos*, *Federal Reporter*, Second Series, vol. 978 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1992), pag. 493. *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, *ibid.*, vol. 965, pags. 699 y ss., en especial pag. 717, y *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, *ibid.*, vol. 859 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1988), pags. 929 y ss., en especial pag. 940

²² Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General. Chile propuso en la Conferencia sobre el Derecho del Mar que se incluyera en la Convención un proyecto de artículo que atestiguara la naturaleza imperativa del principio del patrimonio común. Vease Gennady M. Danilenko, «International *jus cogens*: Issues of law-making», *European Journal of International Law*, vol. 2, N.º 1, 1991, pags. 42 y ss., en especial pag. 59, vease también Gómez Robledo, *loc. cit.*

Estados Unidos expresó el parecer de que «los Estados Unidos no pueden aceptar que, sin su consentimiento, otros Estados, mediante resoluciones o declaraciones de cualquier índole, puedan negarles o limitarles los derechos que les corresponden en virtud del derecho internacional»²³. A fin de cuentas, todavía no ha surgido una solución obligatoria de estos dos enfoques contradictorios de la cuestión del consenso y el tema sigue siendo controvertido²⁴. También ha planteado debates considerables la cuestión de cómo puede remplazarse una norma imperativa a otra. Como el *jus cogens*, por su propia naturaleza, prohíbe la práctica compensatoria del Estado, cualquier intento de alterar el orden normativo imperativo actual puede entrañar violaciones del derecho internacional. Tal será particularmente el caso cuando el *jus cogens* dimana de la costumbre internacional. Una solución que se suele proponer a este acertijo entraña la creación y sustitución de normas imperativas únicamente a través del mecanismo de los tratados o convenciones internacionales generales²⁵. Estos instrumentos quedarían sujetos, por supuesto, al requisito de amplio consenso mencionado anteriormente y deberían contener también una expresión clara de la intención de la comunidad internacional de modificar el derecho imperativo existente. Todo lo que no sea una declaración tan terminante puede tropezar con graves dificultades doctrinales y prácticas.

12. Un último ámbito importante de incertidumbre gira en torno a la identificación de posibles normas de *jus cogens*. En su comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión de Derecho Internacional afirmó que:

A juicio de la Comisión, no es la forma de una norma general de derecho internacional la que le da carácter de *jus cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto²⁶.

A la sazón, la Comisión se negó a prestar apoyo a cualesquiera ejemplos concretos de *jus cogens* por temor de que tal enumeración perjudicara al estudio de otras posibles normas imperativas y desviara la atención de la Comisión de Derecho Internacional del proyecto de artículos que estaba considerando²⁷. Sin embargo, sugirió posibles ejemplos, entre ellos: la prohibición del uso de la fuerza; la prohibición de actos que constituyen crímenes internacionales; y las prohibiciones de la esclavitud, el genocidio y la piratería²⁸. Entre otras posibilidades con amplio

apoyo se cuentan la obligación de resolver las controversias por medios pacíficos y el principio internacional que prohíbe la tortura²⁹. En realidad, puesto que el *jus cogens* ofrece una vía poderosa para transformar el derecho internacional contemporáneo, algunos llegaron a sugerir que se incorporaran principios tan diversos como la doctrina Brezhnev y el derecho a la vida³⁰. Está claro que hay que trazar algunas distinciones. La mayor proliferación de normas en competencia sólo contribuirá a la confusión que rodea al *jus cogens* y puede socavar la credibilidad, elegancia y potencia del concepto. Como alternativa sobradamente preferible, la dilucidación y la cristalización del *jus cogens* supondrían un paso adelante considerable en el desarrollo progresivo de un segmento integral y bien establecido del derecho internacional. Se supone que, junto con la Sexta Comisión, la Comisión de Derecho Internacional está singularmente dotada para llevar a cabo esta tarea.

13. A continuación se reproduce el texto de un artículo presentado por el autor en el seminario Dag Hammarskjöld sobre el derecho de los tratados, celebrado en Upsala (Suecia), del 16 de junio al 16 de julio de 1966, como anexo al esquema. Este texto, así como las notas a pie de página, se reproduce tal como fue presentado por el autor. Los puntos suspensivos indican omisiones realizadas por el autor.

²⁹ El Sr. Gaetano Arangio-Ruiz ha analizado en fecha reciente las normas imperativas en sus informes tercero y cuarto sobre responsabilidad de los Estados [*Anuario 1991*, vol. II (primera parte), pag. 1, documento A/CN.4/440 y Add.1, párrs. 118 a 122, y *Anuario 1992*, vol. II (primera parte), pag. 1, documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3, párrs. 89 a 95, respectivamente]. Ha llegado a la conclusión de que las prohibiciones del uso de la fuerza y violaciones masivas de los derechos humanos proceden en ambos casos de cuestiones de *jus cogens*. En el proyecto de artículo 14 que aparece en su cuarto informe, el Sr. Arangio-Ruiz también propone que se prohíban contramedidas «contrarias a una norma imperativa de derecho internacional general». En una serie de asuntos recientes ante tribunales federales de los Estados Unidos se ha reconocido que la prohibición internacional contra la tortura es una norma que tiene carácter de *jus cogens*. *Trayano v. Marcos, Siderman de Blake v. Republic of Argentina y Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (véase nota 21 *supra*).

³⁰ Grigory Tunkin, *Theory of International Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1974, pag. 444, Karen Parker y Lyn Beth Neylon, «*Jus cogens* Compelling the Law of Human Rights», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, N.º 2, 1989, pag. 411. En el contexto del derecho internacional ambiental, el representante especial de la Comisión nacional del Uruguay para el medio ambiente adujo recientemente que «los principios de conducta, responsabilidad e indemnización» derivados de la Declaración de Estocolmo y reafirmados en la Declaración de Río son «verdaderos criterios de *jus cogens* válidos *erga omnes*» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sesiones Plenarias*, 57.ª sesión).

ANEXO

Los tratados en conflicto con normas imperativas de derecho internacional y los «Acuerdos» de Zurich-Londres, por Andreas J. Jacovides

El propósito de la presente monografía es examinar si el derecho internacional reconoce la existencia en su sistema jurídico de normas que tengan el carácter de *jus cogens*, es decir normas que con arreglo a derecho no pueden derogarse de común acuerdo, a diferencia del *jus dispositivum*, es decir normas que las partes pueden regular libremente

²³ *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, séptimo período de sesiones*, Ginebra, 28 de marzo a 19 de mayo de 1978 y *reanudación del séptimo período de sesiones*, Nueva York, 21 de agosto a 15 de septiembre de 1978, vol. IX (N.º de venta S.79.V.3), pag. 118, párr. 27 *in fine*.

²⁴ Danilenko, *loc. cit.*, pag. 64. También esta relacionada con el debate sobre el consenso la cuestión de si el *jus cogens* puede surgir sobre una base regional o subnacional. Si bien las Convenciones de Viena al parecer sólo contemplan normas imperativas de base amplia, el hecho de que se haya reconocido que la costumbre internacional es susceptible de evolución regional ha llevado a algunos a sugerir un proceso similar para el *jus cogens*. Ciertamente no hay nada en las convenciones que prohíba explícitamente tal mecanismo.

²⁵ Véase, por ejemplo, el comentario al proyecto de artículo 13 de la CDI sobre el derecho de los tratados (*Anuario 1963*, vol. II, pag. 60).

²⁶ *Anuario 1966*, vol. II, pag. 271, comentario al artículo 50, párr. 2.

²⁷ *Ibid.*, párr. 3.

²⁸ *Ibid.* Algunas otras posibilidades se examinan en Schwelb, *loc. cit.*, y Hannikainen, *op. cit.*

en virtud de tal acuerdo¹. Esta monografía se refirió a los materiales con que se cuenta en los escritos académicos, los pronunciamientos de tribunales internacionales y la práctica internacional, haciendo hincapié en especial en la labor de la Comisión de Derecho Internacional al respecto y en las opiniones allí expresadas por los representantes de Estados, tanto en la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General de las Naciones Unidas como en las observaciones presentadas por los gobiernos por escrito.

Se plantearon ciertas consideraciones y reflexiones con respecto a la justificación teórica de la existencia de la doctrina del *jus cogens*, sus efectos sobre el derecho de los tratados en general y los medios para determinar si una norma determinada merece o no la descripción de *jus cogens* en un momento determinado []

[]

Antecedentes históricos y evolución reciente

Cabe aceptar prontamente que la norma general del derecho de los tratados es que los Estados son competentes, mediante acuerdo entre ellos, para concertar tratados respecto de cualquier tema y reglamentar así sus relaciones recíprocas a discreción.

Desde una etapa muy temprana del desarrollo del derecho internacional, sin embargo, se plantearon objeciones a esta naturaleza general de la norma. Ya a mediados del siglo XVIII autores destacados como Christian Wolff² y Emerich Vattel³ distinguían entre el derecho necesario, que las naciones no pueden alterar mediante acuerdo, y el derecho voluntario, creado por la voluntad de las partes. Asimismo, A. W. Heffter⁴ declaró, un siglo más tarde, que los tratados eran nulos si su objeto era física o moralmente imposible, y por imposibilidad moral entendía que el objeto del tratado fuera contrario a la ética del mundo.

En épocas más recientes las opiniones de los autores han estado más divididas. El positivismo del siglo XIX tuvo un efecto importante y se aceptó ampliamente que el derecho internacional no imponía restricción alguna a la libertad de los Estados para concertar cualquier tratado independientemente de su objeto. Entre los autores modernos que, con diverso grado de énfasis, han compartido esta opinión se incluyen académicos tan distinguidos como Charles Rousseau⁵, Gaetano Morelli⁶, Paul Guggenheim⁷ y G. Schwarzenberger⁸.

Por otra parte, algunos acontecimientos recientes del derecho internacional, como la concertación del Pacto Kellogg-Briand de 1928 y las decisiones de los tribunales de Nuremberg y Tokio y, lo que es más importante, algunos hitos fundamentales en la dirección de la sociedad internacional organizada, como el Pacto de la Sociedad de las Naciones y la Carta de las Naciones Unidas, han servido para revertir esa tendencia. Otro factor de este tipo es el cambio reciente de la composición de la sociedad de naciones con el surgimiento de un número considerable de Estados nuevos que dieron su característica propia al proceso de desarrollo del derecho internacional. Todos esos factores han tenido efecto decisivo para revivir y reforzar el concepto de que, además de las normas de *jus dispositivum* de las que las partes se pueden desviar mediante acuerdo, existen ciertas normas y ciertos principios de dere-

cho internacional general que tienen la naturaleza de *jus cogens*, que las partes no pueden derogar mediante acuerdo entre ellas.

Se ha sostenido convincentemente⁹ que el hecho mismo de la existencia de normas que determinan que personas tienen capacidad para actuar en derecho internacional, que condiciones intrínsecas y extrínsecas deben cumplirse para que un tratado internacional entre en vigor, que consecuencias jurídicas se atribuyen a la concertación de un tratado internacional, impide que se acepte la opinión de que el sistema de derecho internacional en su conjunto depende del acuerdo de la voluntad de los Estados.

Esas normas de *jus cogens* no existen con el fin de satisfacer las necesidades de Estados determinados sino para servir los intereses superiores de la comunidad internacional en su conjunto, y la justificación última de su existencia es que se basan en la expresión común de la conciencia de la comunidad internacional.

Se han usado diversas expresiones para describir ese concepto y para explicar la base en que se funda. Lauterpacht, refiriéndose al Pacto de la Sociedad de las Naciones, escribió en 1936 que «el fondo de la ley difiere tan radicalmente de otros convenios internacionales en su alcance y significado como instrumento que sirve un propósito específico en el proceso de integración política de la humanidad que merece la designación de “ley superior” (*higher law*)»¹⁰. McNair, refiriéndose en 1930 tanto al Pacto de la Sociedad de las Naciones como al Pacto Kellogg-Briand¹¹, dijo que esos instrumentos creaban «un tipo de derecho público que trasciende los acuerdos ordinarios entre Estados en cuanto a su esencia y no solo en cuanto al grado». Esas opiniones, expresadas en los años de entre guerra, tendrían validez igual, si no mayor, con respecto a la Carta de las Naciones Unidas. Las expresiones «política pública internacional» y «orden público internacional» (*ordre public*) también se han usado para subrayar el concepto de que esas normas de *jus cogens* o normas imperativas se basan solidamente en la conciencia de la humanidad, representan ciertas necesidades sociales de orden superior y son las normas mínimas de conducta necesarias para hacer posibles las relaciones internacionales ordenadas.

Los autores que han compartido y propiciado una posición favorable a la existencia del *jus cogens* incluyen, además de Lauterpacht¹² y McNair¹³, juristas tan eminentes como Balladore Pallieri¹⁴, Kelsen¹⁵ y Tunkin¹⁶. El eminente jurista internacional austriaco Verdross¹⁷ merece un lugar particular entre esos autores. Ahora parece ser la tendencia general, incluso entre quienes anteriormente sostenían posiciones diferentes, con la notable excepción de Schwarzenberger, aceptar el concepto de *jus cogens*¹⁸.

La cuestión del *jus cogens* recibió escasa atención en los tribunales internacionales. Los ejemplos que se citan en que se tocó la materia no se refieren directamente a ella. Ellos son la celebrada opinión individual del magistrado Anzilotti en el asunto *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*¹⁹ (en que se pregunta si no hay una contradicción en el hecho de obligar a un Estado a vivir y de ponerlo al mismo tiempo en una situación que hace que su vida sea sumamente difícil, y véase *infra* la mención del principio de igualdad soberana) y de la opinión disidente del magistrado Schucking en el asunto *Oscar Chinn*²⁰, en que subrayo que la Corte no aplicará jamás una convención cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres. En su opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio²¹ la Corte, refiriéndose a la Convención «aprobada con fines exclusivamente humanitarios y civilizadores», comentó que «los Estados contratantes no tienen interés alguno propio

¹ Para bibliografía, veanse en general Wright, 2, «Conflicts between international law and treaties», AJIL, vol. 2, 1917, págs. 566 a 579; Lauterpacht, H., «The Covenant as the “Higher Law”», BYIL, 1936, págs. 54 a 65; Jenks, C. W., «The Conflict of Law-making treaties», BYIL, 1953, págs. 401 a 453; Verdross, A. von, «Forbidden Treaties in international law», AJIL, vol. 31, 1937, págs. 571 a 577; Verdross, A. von, «*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law», AJIL, vol. 60, 1966, págs. 55 a 63; Schwarzenberger, G., «International *jus cogens*», *Texas Law Review*, marzo de 1965, págs. 455 a 478; Suy, E., «Le *jus cogens* en droit international public», Conferencia de Derecho Internacional, Lagonissi (Grecia), 3 a 8 de abril de 1966; Murty, B. S., «*Jus cogens* in international law», Conferencia de Derecho Internacional, Lagonissi (Grecia), 3 a 8 de abril de 1966.

² Wolff, *Jus Gentium*, párrs. 5 y 25 (1764).

³ Vattel, *Le droit des Gens*, Introducción, párrs. 9 y 27 (1758).

⁴ A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 156 (4ª ed.), 1861.

⁵ Rousseau, *Principes du droit international public*, págs. 340 y 341 (1944).

⁶ Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, pag. 37 (3ª ed.), 1951.

⁷ Guggenheim, *Traité de droit international public*, pag. 57 (1953), pero véase también nota 18.

⁸ Schwarzenberger, *International Law*, págs. 352 a 353, 425 a 427 (1957) y *op cit*, nota 1.

⁹ Verdross, *op cit*, nota 1.

¹⁰ Lauterpacht, *op cit*, nota 1.

¹¹ McNair, «The functions and differing legal character of treaties», BYIL 11, 1930, pag. 112.

¹² Véase también Oppenheim-Lauterpacht, 8ª ed., 1955, pag. 896, en el sentido de que «las obligaciones inmorales no pueden ser objeto de un tratado internacional».

¹³ Véase también McNair, *Law of Treaties*, págs. 213 y 214 (1961).

¹⁴ Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, pag. 282, 8ª ed., 1962.

¹⁵ Kelsen, *Principles of International Law*, págs. 89, 323 y 344 (1952).

¹⁶ Tunkin, *Das Völkerrecht der Gegenwart*, 95 y 96 (1963).

¹⁷ Verdross, *op cit*, nota 1.

¹⁸ Suy, *op cit*, nota 1, pag. 55.

¹⁹ C P J I serie A/B, N.º 41.

²⁰ C P J I serie A/B, N.º 63, pag. 150.

²¹ C I J Recueil 1951, pag. 23.

solo tienen, todos, un interes comun, a saber, la realizacion de los elevados propositos que constituyen la razon de ser de la Convencion»²²

*La labor de la Comision de Derecho Internacional
y las cuestiones de ella derivadas*

El proceso de aceptacion de la doctrina del *jus cogens* como parte del derecho internacional contemporaneo fue propiciado en mayor medida con la labor de los sucesivos Relatores Especiales de la Comision de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados y culminaron durante el 15º periodo de sesiones de la Comision, en 1963. Se recordara que la CDI, tras extenso debate acerca del tema²³ y tras considerar plenamente los diversos aspectos del texto presentado por el Relator Especial mas reciente, Sir Humphrey Waldock²⁴, llego a la conclusion unanime de que

«Sera nulo todo tratado que fuere incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general que no admitiere excepcion alguna y que solo pudiese ser modificada por una nueva norma de derecho internacional general que tuviere el mismo caracter» (Proyecto de articulo 37)²⁵

La CDI tomo ademas otra medida, que no era sino el corolario logico de la aprobacion del proyecto de articulo anteriormente citado, al aprobar un nuevo proyecto de articulo, el 45²⁶, en el que se abarcaba el caso del surgimiento de una nueva norma imperativa de derecho internacional general, ya fuera por la costumbre o como resultado de un tratado multilateral general, y su efecto sobre los tratados

«1 Un tratado se hara nulo y quedara extinguido cuando se estableciere una nueva norma imperativa de derecho internacional general como la indicada en el articulo 37 y el tratado fuere incompatible con esa norma

»2 En los casos a que se refiere el articulo 46²⁷, si unicamente determinadas clausulas del tratado fueren incompatibles con la nueva norma, solo esas clausulas pasaran a ser nulas²⁸»

El estudio detenido de las actas del debate de la CDI sobre este asunto²⁹, el comentario que acompañaba el texto³⁰, las actas del debate en la Sexta Comision (Asuntos juridicos) de la Asamblea General sobre el informe de la Comision³¹, las observaciones de los gobiernos³² sobre el proyecto de articulo 37, asi como los comentarios del Relator Especial enunciados en su quinto informe³³, constituyen prueba abundante de que el principio en la forma en que se enunciaba en el proyecto de articulo contaba con la aprobacion general, si no con total unanimidad³⁴

El examen de esas actas revela ademas el papel significativo que jugaron los Estados nuevos, cuya existencia comenzo despues de la segunda guerra mundial, asi como los Estados de Europa oriental³⁵, para ayudar a consolidar la existencia de esta norma, aunque no cabe

subestimar en modo alguno la contribucion de los Estados latinoamericanos, asi como de varios Estados de Europa occidental. En general, puede decirse que son en particular los Estados mas pequenos y debiles los que tienen mayor interes en que se reconozca la existencia de un orden publico y en fortalecerlo mediante la fijacion de controles de la libertad ilimitada de contratacion, a diferencia de una situacion en que, bajo la apariencia respetable de la libertad ilimitada de contratacion, queden expuestos al peligro autentico de tratados desiguales e inicios en cuya virtud el Estado mas fuerte, dado el orden natural de las cosas, se quedaria con la parte del leon³⁶

La norma expresada en el proyecto de articulo 37 corresponde a la norma de derecho interno³⁷ de que el acuerdo para cometer un delito o que de otra manera sea contrario al orden publico es nulo de nulidad absoluta y no puede entenderse que confiera derecho alguno a las partes en el (*ex injuria non oritur jus*). El reconocimiento por la CDI de la existencia de la norma equivalente en derecho internacional publico constituye una contribucion muy constructiva de la CDI en el cumplimiento de su mandato no solo de codificar sino ademas de llevar adelante el desarrollo progresivo del derecho internacional. Como lo señalo en terminos muy epigramaticos el Sr. El Enan durante el debate posterior en la Sexta Comision de la Asamblea General, el reconocimiento del concepto marco la transicion del derecho internacional clasico al derecho moderno de las Naciones Unidas

Se ha criticado a la CDI su formulacion de los proyectos de articulos 37 y 45 por dos razones. En primer lugar, por cuanto implican la creacion de nuevos fundamentos para rechazar las obligaciones de tratados, y, en segundo, por cuanto otorgarian a terceros Estados el derecho a dudar de la validez juridica de acuerdos en los que no fueran partes y que normalmente no les interesarian. Se sostiene que en particular el primer fundamento crea el grave peligro de que, por cuanto no se pueden identificar y expresar precisamente las normas de *jus cogens*, el reconocimiento de su existencia permite a todos los Estados que deseen denunciar un tratado invocar la nulidad sobre la base de que el *jus cogens* rechaza un tratado de ese tipo

Aunque no cabe negar este peligro y de hecho es posible hacer uso indebido del principio del *jus cogens*, este autor considera que puede y debe reducirse ese peligro, si no eliminarlo completamente, a un minimo mediante una delimitacion lo mas exacta posible de las normas de derecho internacional que corresponden a la categoria de *jus cogens* (vease *infra*) en lugar de desconocer la existencia de esas normas por completo. A este respecto es instructiva la analogia con la norma equivalente del derecho interno: nadie niega la existencia en derecho interno de normas de orden publico, aunque tampoco estas han sido definidas ni cabe definir las exactamente. Puede responderse desde luego que, en el caso del derecho interno, cada vez que surge una duda en cuanto a si una norma es o no aplicable a un caso determinado puede someterse el asunto a un tribunal competente, que lo resolviera

En realidad pueden usarse muchos argumentos en favor de determinar si una situacion dada esta o no cubierta por una norma de *jus cogens*, especialmente cuando una de las partes rechaza el argumento relativo a la nulidad, sujeto a la decision de un tribunal imparcial. En su informe a la Comision de Derecho Internacional, Lauterpacht redactó el articulo respectivo de la manera siguiente

«Un tratado, o alguna de sus disposiciones, es nulo si su aplicacion implica un acto ilegal con arreglo al derecho internacional y si asi lo declara la Corte Internacional de Justicia³⁸»

Asimismo, Verdross³⁹ habia sugerido que debian someterse a arbitraje todas las controversias relativas a la interpretacion y aplicacion de una norma que tuviera la naturaleza de *jus cogens*

Es axiomático que si la norma de derecho entre las naciones ha de adquirir pleno significado, la jurisdiccion de una corte internacional (ya sea la CIJ en su forma actual o en otra forma) deberia ser universal y deberia contar con los medios para hacer cumplir sus decisiones. Sin embargo, las instituciones internacionales no pueden ser elevadas del nivel cooperativo al nivel organico en tanto no contemos con una socie-

²² Véase una extensa coleccion de materiales de la jurisprudencia internacional, incluidas referencias a opiniones individuales y disidentes, sobre este tema en Suy, *op cit*, nota 1, págs 76 a 84

²³ *Anuario 1963*, vol I, págs 58 a 71

²⁴ A/CN.4/156

²⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General decimoctavo periodo de sesiones Suplemento N° 9 (A/5509)*, pag 12

²⁶ *Op cit*, nota 25, pag 25

²⁷ *Op cit*, nota 22, pag 25

²⁸ Como indico el Relator Especial en el curso del debate en la CDI, las convenciones del siglo XIX para reglamentar el trafico de esclavos eran validas en el momento de elaborarse, pero posteriormente pasaron a ser nulas al desarrollarse una nueva norma de derecho internacional que prohibia por completo el trafico de esclavos

²⁹ *Op cit*, nota 23

³⁰ *Op cit*, nota 25

³¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General decimoctavo periodo de sesiones*, Informe de la CDI (tema 69)

³² A/CN.4/175 y adiciones

³³ A/CN.4/183 y Add I

³⁴ Si bien las observaciones de los gobiernos fueron favorables, con diverso grado de entusiasmo, solo el Gobierno de Luxemburgo se opuso abiertamente al concepto, en tanto que el Gobierno de Turquia adoptó tambien una posicion negativa, aunque mas condicionada

³⁵ Estas dos categorias de Estados se caracterizan por tener una posicion propia respecto del derecho internacional. Véase una opinion occidental acerca de esos criterios en, por ejemplo, Higgins, *Conflicts of Interest*, Londres, 1965, y Lissytzin, *International Law Today and Tomorrow*, Nueva York, 1965

³⁶ Durante el debate en la CDI sobre el proyecto de articulo 37 el jurista español de Luna observó «La concepcion contractual del derecho internacional, que no reconoce al *jus cogens*, corresponde a la epoca en que el derecho internacional no es mas que un derecho para las grandes Potencias. Pero el derecho internacional moderno se ha universalizado y se ha socializado»

³⁷ Una norma que indudablemente puede describirse como un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas en los terminos del articulo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

³⁸ *Anuario 1953*, vol II, pag 154

³⁹ *Op cit*, nota 1

dad de Estados que estén ligados mucho más estrechamente entre sí que en la actualidad. En esta etapa imperfecta de desarrollo de la sociedad internacional, en que la jurisdicción de la Corte depende del consentimiento de cada Estado y adolece de diversos factores de inhibición, se cree que sería claramente poco práctico ligar el principio de *jus cogens* a las sentencias dictadas por la Corte Internacional, por lo que la CDI actuó con arreglo a la dura realidad de la vida internacional actual.

No obstante, la ausencia de una decisión con fuerza obligatoria no significa que el derecho internacional en general, o su *jus cogens* en particular, carezca de fuerza jurídica vinculante. Existen asimismo diversos otros medios de arreglo pacífico de controversias entre Estados, incluidos, además de la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, el recurso al Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas. En particular, el Artículo 14 de la Carta, que autoriza a la Asamblea General a formular recomendaciones acerca del arreglo pacífico de cualquier situación independientemente de su origen, que es desde luego lo suficientemente amplio como para permitir a la Asamblea General pronunciarse respecto de las controversias entre Estados. Miembros que impliquen el desajuste entre disposiciones de tratados y normas de *jus cogens*⁴⁰, especialmente si esas controversias tienen un carácter esencialmente político.

En cuanto al segundo fundamento de crítica, la posibilidad de que terceros Estados se ocupen de situaciones en las que no sean partes, puede decirse que es muy posible que esta crítica haya sido bien fundada en el pasado. Sin embargo, debe aceptarse que en un mundo interdependiente, que en numerosos sentidos se aspira a que se regule por un instrumento fundamental como la Carta de las Naciones Unidas, sería anacrónico sostener que los terceros Estados no tienen voz cuando se perpetran ilegalidades patentes contra uno o más de los miembros de la Sociedad de Naciones.

En cuanto a la cuestión de los efectos del conflicto de una norma de *jus cogens* con respecto a un tratado, los miembros de la CDI consideraron en forma unánime que el tratado era nulo, de nulidad absoluta, *ab initio*, y no solo simplemente anulable a petición de una o más de las partes. Las consecuencias jurídicas de esta opinión tienen largo alcance, ya que «la consecuencia de la nulidad *ab initio* consiste simplemente en que no existe el tratado»⁴¹. Asimismo, Verdross⁴² adopta la posición de que la nulidad formal de los contratos inmorales es innecesaria y que el Estado sobre el cual recae la carga tiene simplemente el derecho a negarse a cumplir una obligación de ese tipo. En consecuencia, parecería que, por lo menos según esas opiniones y a falta de una disposición del artículo relativa a la determinación por terceras partes, los tratados que entren en conflicto con el *jus cogens* pueden considerarse simplemente inexistentes, es decir que no se requiere un nuevo acto que declare que ese tratado no es obligatorio⁴³.

La Comisión, tras considerar la posibilidad de eliminar las disposiciones ofensivas del resto del tratado, en las condiciones establecidas en el artículo 46 del proyecto, adoptó la opinión de la mayoría de sus miembros, quienes consideraron que las normas de *jus cogens* tenían naturaleza tan fundamental que, cuando las partes conciertan un tratado cualquiera de cuyas cláusulas entre en conflicto con una norma ya existente de *jus cogens*, debe considerarse que el tratado es totalmente inválido y que la sanción de nulidad debería extenderse a toda la transacción.

Por el contrario, en el caso de una nueva norma imperativa emergente (véase el artículo 45 *supra*), el efecto de la norma no consiste en hacer que la disposición del tratado en cuestión sea nula *ab initio*, sino en invalidarla solo a partir de la fecha en que la nueva norma de *jus cogens* haya sido establecida, es decir prohibir el cumplimiento poste-

rior. Asimismo, la CDI adoptó la opinión de que, con arreglo a las condiciones previstas en el proyecto de artículo 46, la separación se permite en el caso previsto en el proyecto de artículo 45, con el resultado de que se seguirían considerando válidas las disposiciones que no fueran afectadas por el surgimiento de la norma de *jus cogens* en cuestión.

Relación entre el Artículo 103 de la Carta y el artículo 37 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional

La cuestión interesante que surge a este respecto es la relación entre el efecto del Artículo 103⁴⁴ de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 37 (y el 45) del proyecto de la CDI. La referencia a la labor preparatoria relativa al Artículo 103 revela que el Artículo no dispone la derogación automática de los tratados que entren en conflicto con la Carta, sino que requiere más bien que prevalezcan las obligaciones contraídas con arreglo a la Carta⁴⁵.

Durante el debate del proyecto de la CDI en la Sexta Comisión de la Asamblea General muchos representantes indicaron que el Artículo 103, al proclamar que las obligaciones contraídas en virtud de la Carta prevalecerían con respecto a las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, había ayudado en gran medida a crear la norma del *jus cogens*. Sin embargo, como señalaron diversos representantes, no se habían reconocido sus consecuencias lógicas, y la CDI había llenado esa laguna al declarar que un tratado internacional sería nulo si entrara en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional⁴⁶. La CDI se volvió a ocupar del asunto cuando, en su comentario al proyecto de artículo 63, reconoció la primacía de la norma del Artículo 103 en el contexto de la relativa prioridad de obligaciones de tratado incompatibles. Sin embargo, como señaló el Relator Especial, si bien la CDI reconocía que podía haber ciertas esferas de duplicación en la aplicación de las disposiciones de *jus cogens* de los artículos 37 y 45 y del Artículo 103 de la Carta porque ciertas disposiciones de esta, en especial las del párrafo 4 del Artículo 2, tenían naturaleza de *jus cogens*, consideró que la falta de validez de un tratado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 37 y 45 del proyecto de artículos, en razón de un conflicto con una norma de *jus cogens*, era una cuestión distinta e independiente⁴⁷. En otras palabras, si bien el Artículo 103 se refiere a la prioridad de obligaciones conflictivas y los proyectos de artículos 37 y 45 se refieren a la invalidez de las obligaciones, es posible que se dupliquen en ciertas esferas, y así ocurre. Aunque el autor comparte la opinión de Sir Humphrey Waldock de que no todas las normas que figuran en la Carta son necesariamente normas imperativas y, por el contrario, que hay normas imperativas que no figuran en la Carta, se considera que la esfera de duplicación es mucho mayor que solo el principio que figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta (véase *infra*).

La cuestión de las normas de derecho internacional que corresponden a las categorías de normas imperativas

Si bien parece que el principio de existencia de normas imperativas de la que no se permite que los tratados deroguen ha adquirido aprobación abrumadora tanto dentro como fuera de la CDI, es mucho menos clara la cuestión de las normas específicas de derecho internacional que corresponden a esa descripción, en otras palabras, el contenido jurídico exacto de ese principio.

La CDI no pudo llegar a un criterio reconocido en general mediante el cual se identificara una norma general de derecho internacional que tuviera la naturaleza de *jus cogens*. Algunos miembros de la CDI sugirieron ciertos ejemplos de las «normas más evidentes y mejor definidas de *jus cogens*» a fin de indicar el carácter y el alcance generales de la

⁴⁰ De hecho, la resolución 2077 (XX) de la Asamblea General, relativa a la cuestión de Chipre, constituye un buen ejemplo de este aspecto. Véase la intervención del Sr. Paredes, quien, durante el debate en la CDI sobre la norma más específica de un tratado impuesta a un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza con violación de los principios de la Carta y, por consiguiente, con violación de la norma de *jus cogens* pertinente, dijo que, a falta de una decisión internacional obligatoria, el único recurso procedente sería que la víctima de la agresión compareciera ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y declarara que el tratado era nulo por estar viciado (*Anuario 1963*, vol. I, pag. 64).

⁴¹ Rosenne, *op cit*, nota 40, pag. 58.

⁴² *Op cit*, nota 1.

⁴³ Esta podría ser en verdad, en algunos casos, una solución demasiado abrupta y, en caso de controvertirse la ilicitud, podría reforzar el argumento de que la doctrina puede ser objeto de uso indebido. Podría preguntarse si, al igual que en la analogía de los matrimonios nulos, no correspondería que hubiera un acto formal encaminado a «eliminarlo de los libros». En ese caso, sin embargo, parecería incumbir a la parte que rechaza el documento de nulidad y que quiere basarse en el tratado en cuestión demostrar su legalidad.

⁴⁴ Que dispone que «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

⁴⁵ La Comisión de Asuntos Jurídicos (Comisión 2) decidió que sería «inconveniente prever la derogación automática por la Carta de las obligaciones que no se ajustaran a sus términos. Se consideró preferible que la norma dependiera del caso de un conflicto entre las dos categorías de obligaciones y que se vinculara a ese caso. En tal caso las obligaciones de la Carta tendrían carácter predominante y excluirían toda otra». Informe del Relator de la Comisión IV/2, documento 933 de las Naciones Unidas [IV/2/42(2)], Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, 12 de junio de 1945.

⁴⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General decimoctavo período de sesiones*, tema 69 del programa, documento A/S601, párr. 18.

⁴⁷ A/CN.4/183/Add.1, págs. 23 y 24.

norma, y de hecho algunos de ellos habían aparecido inicialmente en el cuerpo del proyecto de artículos presentado por el Relator Especial. Entre ellos figuraban, además del caso de la amenaza del uso de la fuerza contrario a los principios de la Carta (tema al que volveremos, véase *infra*), un tratado relativo a la ejecución de un acto delictivo en derecho internacional, un tratado destinado a realizar o tolerar actos como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio, o en que se hubiera conspirado para cometerlos, tratándose de delitos en cuya represión todo Estado está obligado a cooperar, y tratados que violen derechos humanos o el principio de la libre determinación.⁴⁸ Algunos miembros de la Comisión⁴⁹ subrayaron que en los ejemplos que se daban debían incluirse los tratados desiguales.

En definitiva, la CDI, teniendo presente el surgimiento relativamente reciente de esas normas y el desarrollo rápido del derecho internacional, decidió no incluir un ejemplo específico «y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales». La CDI llegó a esta conclusión a) porque considero que incluir algunos ejemplos y no otros podría provocar un malentendido con respecto a la posición de otros casos no mencionados expresamente, y b) por cuanto temía que, si confeccionaba, en forma selectiva, una lista de las normas que merecían la descripción de *jus cogens*, tal vez tuviese que emprender un largo estudio de materias que no correspondían al ámbito del derecho de los tratados. Es posible que la CDI, en las circunstancias particulares de su labor, haya actuado con buen criterio al adoptar este criterio cauteloso. Si bien la primera razón que se da no es muy convincente (siempre sería posible dar una lista ilustrativa de ejemplos, con lo cual se daría expresión concreta al principio generalmente establecido en el proyecto de artículo, y destacar que se trata solo de una lista no exhaustiva), la segunda razón, que en todo caso está relacionada con la primera, constituye un problema más auténtico. Como se indicó durante los debates de la CDI⁵⁰, el problema, reducido a sus términos más sencillos, consistía en definir la ilicitud en el derecho internacional y esto, dada la amplitud de la divergencia entre las teorías políticas y los intereses en conflicto, es una tarea formidable⁵¹ si la unanimidad que predominó en la aprobación del principio había de conservarse. El riesgo de abrir una caja de Pandora de desacuerdos y el debilitamiento consiguiente al que se había llegado por unanimidad con tanto esfuerzo era demasiado visible para ser desconocido.

Al mismo tiempo, no debía permitirse que quedara la impresión de que el concepto de *jus cogens* es solo una idea filosófica y teórica carente de todo significado real. No cabe sugerir que el principio formulado tan claramente por la CDI tiene igual significado para todos y que no tiene una significación práctica en el derecho internacional actual. La recepción casi unánime del principio por los representantes de los gobiernos⁵² impide que se haga una evaluación tan crítica de la labor de la CDI a este respecto, evaluación que ofende las legítimas expectativas de la gran mayoría de los miembros de la comunidad internacional y ofende la conciencia social de la humanidad, en la que, en definitiva, se basa por último el concepto de *jus cogens*.

⁴⁸ *Op cit*, véase nota 25.

⁴⁹ El Sr. Lachs y el Sr. Tunkin, *op cit*, véase nota 23.

⁵⁰ Sr. Amado, *op cit*, nota 23.

⁵¹ Como lo demuestran los intentos por definir la agresión y, más recientemente, las actividades de la Sexta Comisión y su Comité Especial de lograr una formulación conveniente de los principios de derecho internacional que rigen las relaciones de amistad y la cooperación de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

⁵² *Op cit*, notas 31 y 32.

Por lo tanto cabe lamentar que las dificultades a que se enfrentó la CDI le hayan impedido concluir por expresar el contenido del principio que había enunciado, con lo cual habría completado el proceso que tan admirablemente había iniciado y hecho adelantar. Es posible por una parte dar una definición demasiado amplia de lo que constituye *jus cogens*, con el riesgo consiguiente de uso indebido y de estirar el principio hasta quebrarlo, y, por la otra, de dar una definición demasiado estrecha o restrictiva, con lo cual se quitaría al principio todo significado real y se frustraría su efecto.

Surge la cuestión de si existe otro órgano del mecanismo de la sociedad internacional organizada de la actualidad que pudiera realizar utilmente la tarea a partir del punto en que lo dejó la CDI. Un posible foro que se viene inmediatamente a la mente es la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General. Si se tiene presente que el *jus cogens* se forma como la expresión de la conciencia colectiva de la comunidad de naciones habría buen fundamento para recomendar a la Sexta Comisión —donde están representados todos los Estados Miembros, a diferencia de la CDI—, actuando posiblemente por conducto de un comité especial, en que los Estados estuvieran representados por juristas, que realizara la labor de definir las normas de derecho internacional general que constituyeran normas imperativas a los efectos de la doctrina del *jus cogens*. Sin duda la Sexta Comisión se venía enfrentada a las mismas dificultades que enfrentó la CDI. Asimismo, toda resolución o declaración que pudiera adoptar mediante la mayoría requerida podría estar abierta a la objeción de que no constituía por sí misma fuente de derecho y no era obligatoria. Sin embargo, podría considerarse que cualquier resolución de ese tipo, especialmente si es unánime o casi unánime, aunque no constituya en sí misma una fuente de derecho, confirmaría el derecho vigente sobre el tema y en todo caso tendría un peso considerable como expresión de la opinión general de los Estados.⁵³

Constituiría otra posibilidad la conferencia de plenipotenciarios que se propuso a que se convocara en 1968 a fin de aprobar una convención multilateral sobre el derecho de los tratados.

No obstante, independientemente de esas posibilidades no cabe duda de que, atendido el principio adoptado por unanimidad por la CDI y aprobado en forma abrumadora por los Estados y por juristas internacionales, hay bastante material en el cual basar la conclusión de que existe hoy un número considerable de normas de derecho internacional general que se puede sostener legítimamente que se han de considerar normas imperativas (*jus cogens*). De hecho, en el debate de la CDI se mencionaron varias y se hace referencia a ellas *supra*.⁵⁴ Este autor comparte la opinión del Sr. Rosenne, quien indicó durante el debate de la CDI⁵⁵ que «[] existen elementos que permiten determinar con un razonable grado de precisión si una norma dada constituye *jus cogens*».

⁵³ Por ejemplo, véanse las intervenciones del Sr. Yasseen y el Sr. Baztos, compartidas también por Sir Humphrey Waldock, sobre los efectos de una resolución de la Asamblea General en cuanto a expresión de normas de *jus cogens* (*op cit*, nota 23).

⁵⁴ A veces se afirma (por ejemplo Verdross, *op cit*, nota 1) que los tratados que usurpan los derechos de terceros Estados son contrarios al *jus cogens*. Parece mejor opinión la que reconoce también Verdross de que corresponde más bien a la norma *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Si bien esos tratados son ilícitos si el tercer Estado no otorga su consentimiento, en los casos ordinarios no serían contrarios al *jus cogens*.

⁵⁵ *Op cit*, véase nota 24.

Sucesión de Estados y sus repercusiones en la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas y sucesión de Estados con respecto a la calidad de miembro en organizaciones internacionales, por el Sr. Vaclav Mikulka

INTRODUCCION.—RESEÑA HISTORICA DE LA LABOR DE LA COMISION SOBRE EL TEMA DE LA SUCESION DE ESTADOS

1. En su primer período de sesiones, celebrado en 1949, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema «Sucesión de Estados y Gobierno» entre los 14 temas seleccionados para su codificación. El tema fue dividido más adelante en tres epígrafes:

- a) La sucesión en materia de tratados;
- b) La sucesión en lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de fuentes distintas de los tratados; y
- c) La sucesión y la calidad de miembro de las organizaciones internacionales.

2. Las cuestiones correspondientes al primer epígrafe, estudiadas por la Comisión de Derecho Internacional entre 1967 y 1974, quedaron resueltas al aprobarse la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978.

3. En vista de su gran amplitud y complejidad, se limitó el alcance del segundo epígrafe a los aspectos económicos de la sucesión, a saber, la sucesión en materia de bienes, archivos y deudas de Estado. Este epígrafe fue estudiado por la Comisión entre 1968 y 1981 y llevó a la aprobación en 1983 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado.

4. La Comisión de Derecho Internacional no ha emprendido nunca un estudio del tercer epígrafe.

1. SUCESION DE ESTADOS Y SUS CONSECUENCIAS EN LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS FISICAS Y JURIDICAS

5. El problema de la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas formaba parte del segundo epígrafe del tema de la sucesión de Estados tal como lo había propuesto originalmente la Comisión de Derecho Internacional. Se hicieron algunos comentarios preliminares sobre él en el 20.º período de sesiones de la Comisión durante el debate del primer informe del Relator Especial¹. Sin embargo, no se incluyó la cuestión de la nacionalidad entre los temas del epígrafe limitado.

a) Leyes de nacionalidad de los Estados sucesores

6. Conforme a la opinión predominante, la sucesión de los Estados no da como resultado el cambio automático de nacionalidad. Es prerrogativa del Estado sucesor determi-

nar por su cuenta a quién considera nacional suyo e indicar los métodos mediante los cuales se adquiere su nacionalidad.

7. En este sentido se hace referencia al Convenio sobre ciertas cuestiones relativas a conflicto de leyes de nacionalidad. El artículo 1 dispone:

Incumbe a cada Estado determinar, en virtud de sus propias leyes, quienes son sus nacionales. Tal legislación será reconocida por los demás Estados en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios del derecho generalmente reconocido en materia de nacionalidad.

8. También pertinente a esta cuestión es el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) de 1928². En el artículo 13 se dispone:

In collective naturalizations, in case of the independence of a State, the law of the acquiring or new State shall apply, if it has been established in the territory an effective sovereignty which has been recognized by the State trying the issue, and in the absence thereof that of the old State, all without prejudice to the contractual stipulations between the two interested States, which shall always have preference [En las naturalizaciones colectivas, en caso de independencia de un Estado, se aplicará la ley del Estado adquirente o nuevo, si ya se ha establecido en el territorio una soberanía efectiva reconocida por el Estado ante el que se juzgue la cuestión y, en su ausencia, se aplicará la ley del antiguo Estado, todo ello sin perjuicio de las estipulaciones contractuales entre los dos Estados interesados, que tendrán siempre prioridad.]

Y en el artículo 20:

Change of nationality of corporations, foundations, associations and partnerships, except in cases of change of territorial sovereignty, should be subject to the conditions required by their old law and by the new

In case of change in the territorial sovereignty, owing to independence, the rule established in article 13 for collective naturalizations shall apply

[El cambio de nacionalidad de corporaciones, fundaciones, asociaciones y sociedades, salvo en los casos de cambio de soberanía territorial, quedará sujeto a las condiciones requeridas por sus antiguas y nuevas leyes

En caso de cambio de la soberanía territorial, debido a la independencia, será aplicable la norma establecida en el artículo 13 para la naturalización colectiva.]

Además, hay un cierto número de publicaciones pertinentes a este tema³.

9. La competencia legislativa del Estado sucesor debe ejercerse dentro de los límites impuestos tanto por el derecho internacional general como por los tratados internacionales. Estos límites tienen diversas características y proceden de:

² SDN, *Recueil des Traites*, vol LXXXVI, pag 111

³ Vease R. Graupner, *Nationality and State Succession*, Transactions, 1946; Hans Kelsen, «Theorie generale du droit international public», *Recueil des cours* 1932-IV, vol 42, pags 314 y 325 a 327; Paul Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2.ª ed., Germantown (Md), Sijthoff y Noordhoff, 1979, pag 242; y Lucius Caflisch, «La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé», *Annuaire suisse de droit international*, vol XXIV, 1967, pag 155

¹ Vease *Anuario* 1968, vol II, pags 114 a 115, documento A/CN.4/204, y pags 220 y 221, documento A/7209/Rev.1, párrs 73 y 78

a) El principio de la nacionalidad efectiva, conforme al cual, para que la nacionalidad sea reconocida por otros Estados, debe existir un vínculo real y efectivo, una conexión auténtica entre el Estado y el individuo interesados⁴; y

b) La protección de los derechos humanos que hace que sean cuestionables las técnicas que lleven a la pérdida de la nacionalidad o a cualquier tipo de discriminación. En este sentido, cabría mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 15, párrafo 2, se declara:

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni de su derecho a cambiar su nacionalidad

También debería mencionarse la Convención de las Naciones Unidas para reducir los casos de apatridia, cuyo artículo 9 prohíbe la privación de nacionalidad por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos.

b) *Tratados internacionales relativos a la nacionalidad en caso de sucesión de Estado*

i) Criterios para la adquisición de la nacionalidad *ipso facto*

10. Ha habido muchos casos en los que el problema de los criterios y otras condiciones de la adquisición de la nacionalidad de un Estado sucesor se resolvió mediante tratado internacional, basados sobre todo en el criterio del domicilio o la residencia habitual. Un ejemplo de ello es el Tratado de Versalles entre las Potencias aliadas y asociadas y Polonia (arts. 4 y 6), así como algunos otros tratados⁵.

ii) La pérdida de la nacionalidad del Estado predecesor

11. Los tratados de paz después de la primera guerra mundial contenían disposiciones sobre la nacionalidad análogas a las del Tratado de Versalles. Al mismo tiempo disponían el reconocimiento, por parte de los Estados conquistados, de la nueva nacionalidad adquirida *ipso facto* por sus antiguos nacionales conforme a las leyes del Estado sucesor y de la pérdida consiguiente de los vínculos de tales personas a su país de origen⁶.

12. De conformidad con otros instrumentos, la transferencia del territorio no entraña necesariamente la consecuencia de adquisición automática de una nueva nacionalidad y pérdida de la nacionalidad original. En este sentido, el artículo 4 de la Convención sobre nacionalidad es un ejemplo pertinente. Esta posición, defendida por algunos autores, es rechazada por otros⁷.

⁴ Véase el asunto *Nottebohm, deuxième phase, fallo, C I J Recueil 1955*, págs 22 y 23. Véanse también los trabajos de la CDI sobre la eliminación y reducción de la apatridia, *Anuario 1953*, vol I, 212^a, 213^a, 217^a y 220^a sesión

⁵ «Lois sur la nationalité», Naciones Unidas, *Serie législative (ST/LEG/SER B/4)*, págs 590 y ss

⁶ *Ibid*, págs 586 a 589

⁷ Véase Eric Castren «Aspects récents de la succession d'États», *Recueil des cours 1951-I*, vol 78, págs 380 y ss, en especial pag 487

iii) El derecho de opción

13. En un número considerable de tratados internacionales, incluidos varios de los mencionados anteriormente o instrumentos relacionados con ellos, se preveía el derecho de opción. En casos excepcionales este derecho se otorgaba por un periodo considerable de tiempo durante el cual los individuos afectados disfrutaban de una especie de doble nacionalidad. En este sentido, cabe citar la Declaración de Evián (Argelia-Francia) de 19 de marzo de 1962.

14. Para la mayoría de los autores el derecho de opción sólo puede originarse en un tratado. Sin embargo, algunos tienden a afirmar la existencia de un derecho de opción independiente como atributo del principio de libre determinación⁸.

c) *Problemas planteados en la práctica reciente de los Estados*

15. Después de la segunda guerra mundial, en lo que respecta a la práctica de los Estados que consiguieron la independencia y permanecieron dentro del Commonwealth británico, la adquisición automática de la nacionalidad se basaba en la técnica de combinar los criterios del *jus soli* y *jus sanguinis*, suplementando estos criterios en ciertos casos con el de la residencia. Para las personas afectadas por la adquisición automática de la nacionalidad no se preveía opción alguna. Esta práctica tenía la ventaja de evitar controversias sobre la nacionalidad de una persona determinada al reducir las posibilidades de doble nacionalidad y, al mismo tiempo, minimizar la posibilidad de que las personas se convirtieran en apátridas.

16. El sistema francés de adquisición de nacionalidad no tuvo el mismo efecto. Los nuevos Estados se basaron en gran medida en las técnicas del código de la nacionalidad francés, de 1945, que no siempre respondía a la situación de los Estados de reciente independencia. Además, como cada Estado había decidido la prueba de «lazos auténticos» según sus propias inclinaciones, las varias leyes de nacionalidad se solapaban o dejaban lagunas entre ellas favoreciendo así la doble nacionalidad o la apatridia⁹.

17. El desmembramiento de la Unión Soviética da pie a un cierto número de problemas en lo que respecta a las leyes de nacionalidad de los distintos Estados nuevos. La negativa de algunas nuevas repúblicas, que restablecieron su independencia después de 1990, a otorgar su nacionalidad a la población de origen étnico ruso domiciliada allí durante varios decenios de migración en gran escala entre las distintas repúblicas de la antigua Unión ha creado incertidumbre en la situación jurídica de centenares de miles de personas¹⁰.

⁸ Véase Joseph L. Kunz, «L'option de nationalité», *Recueil des cours 1930-I*, vol 31, págs 109 y ss, y Joseph L. Kunz, «Nationality and option clauses in the Italian peace treaty of 1947», *Editorial Comment, AJIL*, vol 41, N° 3, 1947, págs 622 y ss

⁹ Véase Karl Zemanek, «State succession after decolonization», *Recueil des cours 1965-III*, vol 116, págs 181 y ss, en especial págs 272 a 277

¹⁰ Véase George Ginsburgs, «From the 1990 law on the citizenship of the USSR to the citizenship laws of the successor republics (Part I)», *Review of Central and East European Law, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers*, vol 18, N° 1, 1992, pag 1

18. La situación tal vez sea incluso peor en algunos de los nuevos Estados surgidos en el territorio de la ex Yugoslavia, donde la población es mixta desde el punto de vista étnico y el conflicto armado va acompañado por una depuración étnica.

19. En Checoslovaquia, que ya se encuentra en proceso de disolución, el problema tal vez sea más fácil debido a la existencia, desde 1969, de ciudadanías separadas checa y eslovaca que vinculaban a todos los nacionales checoslovacos a una de las dos repúblicas constituyentes y gracias a una política bastante liberal que permitía el cambio de esa ciudadanía al cambiar de residencia habitual.

20. La transferencia de Hong Kong del Gobierno británico al Gobierno chino, a partir del 1.º de julio de 1997, representa otro problema relacionado con la condición de los habitantes¹¹.

21. La reciente tendencia a cargar el acento en el origen étnico a la hora de determinar el criterio de concesión de la nacionalidad del nuevo Estado a los habitantes, al tiempo que se ignora la importancia del criterio del domicilio, es un signo alarmante. Este enfoque no sólo favorece la apatridia, sino que en muchos aspectos es cuestionable con arreglo a las normas fundamentales de derechos humanos.

d) El principio de la nacionalidad continua

22. La regla de continuidad en la nacionalidad forma parte del régimen de protección diplomática. Según esta regla es necesario que, desde el tiempo en que ocurrió el daño hasta que se resuelva el asunto, la reclamación esté continua e ininterrumpidamente en manos de una persona que tenga la nacionalidad del Estado que demanda reparación. La esencia de esta regla es evitar que el individuo elija un Estado protector poderoso mediante un cambio de nacionalidad.

23. Ni la práctica ni la doctrina dan una respuesta clara a la cuestión de si esa regla se aplica en los casos de cambios involuntarios debidos a la sucesión de un Estado. Hay buenas razones para creer que en la sucesión de Estados tal regla puede ser modificada.

24. En este sentido, se hace referencia al asunto *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*¹² y también al asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*¹³. También se hace referencia al asunto *Pablo Najera*, en el que se declara:

¹¹ Véase Roda Mushkat, «The transition from British to Chinese rule in Hong Kong: A discussion of salient international legal issues», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 14, N.ºs 2 y 3, 1986, pag. 171, y Christine Chua, «The Sino-British agreement and nationality: Hong Kong's future in the hands of the People's Republic of China», *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 8, N.º 1, 1990, pag. 163.

¹² *C I J Recueil 1970*, pag. 3.

¹³ *C P J I*, fallo, 1939, serie A/B, N.º 76, pag. 4. Véase también *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 36-II, 1931, pags. 201 a 212, *ibid.*, vol. 37, 1932, pags. 479 a 529, e *ibid.*, vol. 51-II, 1965, pag. 261, y Eric Wyler, *La règle de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, págs. 19 a 30 y 11 a 118.

En caso de cambios colectivos de nacionalidad en virtud de sucesión de Estados, la sucesión jurídica debe apreciarse de modo mucho menos rígido de lo que se suele hacer en la práctica arbitral en las hipótesis normales de cambio individual de nacionalidad por decisión del interesado¹⁴.

e) Posibles resultados de la labor

25. El examen completo de la práctica de los Estados debería revelar si es o no posible la identificación de una serie de principios relativos a la nacionalidad en los casos de sucesión de Estados.

26. La exposición clara de criterios uniformes mínimos para la adquisición de la nacionalidad *ex lege* podría proporcionar una guía útil a los legisladores de los nuevos Estados que procedan a redactar leyes en la materia.

27. También podría facilitar el papel de terceros Estados en lo que se refiere a la aplicación de tratados internacionales entre ellos y un Estado sucesor. En virtud de las normas consuetudinarias del derecho internacional un gran número de derechos y obligaciones convencionales son automáticamente obligatorios para el Estado sucesor. La aplicación de muchos de esos tratados se refiere directamente a los individuos, o más precisamente a los nacionales, de las partes en el tratado. Algunas veces es menester aplicar esos tratados incluso antes de que el Estado sucesor haya aprobado la ley de nacionalidad. Así pues, la determinación «preliminar» de la nacionalidad de individuos o personas morales que residan en el territorio en el que ha ocurrido el cambio de soberanía pasa a ser la condición previa de la aplicación ininterrumpida de dichos tratados.

28. El posible resultado de la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre este tema consistiría en un estudio en forma de informe o proyecto de declaración para su aprobación por la Asamblea General. La elaboración de un proyecto de convención, por otra parte, podría correr el riesgo de tenerse que enfrentar al mismo tipo de problema que la Comisión tuvo que afrontar durante la labor sobre los temas anteriores en materia de sucesión de Estados (longitud de la labor de codificación, problema de aplicación de la Convención a los nuevos Estados en cuanto no son partes en ella y otros inconvenientes).

2. LA SUCESIÓN DE LOS ESTADOS EN LO QUE RESPECTA A LA CALIDAD DE MIEMBRO DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

29. El último de los tres epígrafes del tema relativo a la sucesión de los Estados, titulado «La sucesión en lo que respecta a la calidad de miembro de organizaciones internacionales», no ha sido examinado nunca por la Comisión. Sin embargo, la Secretaría preparó un memorando sobre el problema de la sucesión de los Estados en lo que respecta a la calidad de Miembro de las Naciones Unidas, que se presentó a la Comisión en 1962¹⁵. Sólo había hasta entonces unos pocos casos pertinentes, en los que se con-

¹⁴ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (N.º de venta 1952 V3), pag. 488.

¹⁵ *Anuario 1962*, vol. II, pag. 117, documento A/CN.4/149 y Add.1.

centró el memorando: la admisión del Pakistán a las Naciones Unidas en 1947, la formación en 1958 de la República Árabe Unida, la salida de Siria de esa Unión en 1961 y la admisión de Mali y el Senegal en 1960.

30. Las normas jurídicas a que deben someterse los Estados creados por la división de un Estado Miembro de las Naciones Unidas fueron formuladas por la Sexta Comisión en el segundo período de sesiones de la Asamblea General¹⁶.

31. Ha habido recientemente varios casos nuevos de sucesión de Estados en los que se planteó el problema de la calidad de miembro de organizaciones internacionales, o se plantearon problemas derivados de la calidad de miembro del Estado predecesor en organizaciones internacionales. Estos problemas, que pasaron casi desapercibidos por la comunidad internacional en el caso de la unificación de Tanzania y Zanzibar, de los dos Yemen y de Alemania, se examinaron en cambio en conexión con el desmembramiento de la Unión Soviética y de Yugoslavia y han vuelto a plantearse en forma urgente como resultado de la disolución de Checoslovaquia.

32. El problema de las relaciones entre los Estados afectados y las organizaciones internacionales en el caso de la sucesión de Estados tiene varios aspectos:

a) La calidad de miembro de un Estado sucesor en una organización internacional;

b) Las consecuencias de los cambios territoriales en la calidad de miembro de un Estado predecesor de una organización internacional en los casos en que el Estado predecesor sigue existiendo después de esos cambios;

c) La distribución entre los Estados sucesores, o entre el Estado predecesor y el Estado o los Estados sucesores, de las obligaciones o los derechos que se desprenden de la calidad de miembro del Estado predecesor en la Organización;

d) El estatuto de los observadores militares y otros observadores, así como de las unidades nacionales de un Estado predecesor que toman parte en operaciones de mantenimiento de la paz, etc.; y

e) La validez de los certificados, las licencias y otros documentos otorgados a los nacionales de un Estado predecesor sobre la base de la calidad de miembro de ese Estado en la organización.

a) *La calidad de miembro de un Estado sucesor en una organización internacional*

33. La opinión general es que la calidad de miembro de las organizaciones internacionales es un derecho personal con respecto al cual la sucesión no es, en principio, posible. Según este parecer, los nuevos Estados surgidos de cambios territoriales deben adquirir la calidad de miembro en su propio nombre, si así lo desean.

34. Sin embargo, ha habido en la práctica considerables diferencias según el carácter del cambio territorial. Por ejemplo, las uniones formadas por ex Estados miembros

se convirtieron automáticamente en miembros de las organizaciones internacionales de las que eran miembros sus integrantes antes de la consolidación. Sin embargo, el número de estos casos no permite dejar firmemente establecido si es preciso que todos los integrantes, o sólo uno de ellos, hayan sido miembros de la Organización.

35. Las organizaciones internacionales con requisitos menos rígidos para adquirir la calidad de miembro, como la UPU en Berna o la Unión de París, o la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, permiten también la sucesión en los casos de Estados surgidos de la disolución de un ex Estado Miembro, o de la secesión. Por razones pragmáticas se permitió la sucesión en calidad de miembro después de la disolución de la República Árabe Unida, incluso en las Naciones Unidas¹⁷.

36. Algunas organizaciones internacionales preveían la calidad de miembro o de miembro asociado para las antiguas dependencias que tenían personalidad internacional. Dado que la personalidad del nuevo Estado era idéntica a la de la antigua dependencia, la calidad de miembro o de miembro asociado de ésta no resultaba afectada. Aunque no había una elevación automática a la calidad de miembro pleno, las organizaciones interesadas han adoptado soluciones pragmáticas para lograr una transición sin tropiezos a fin de evitar la caducidad automática de la calidad de miembro asociado en el momento de la adhesión a la independencia¹⁸.

b) *Las consecuencias de los cambios territoriales en la calidad de miembro de un Estado predecesor*

37. El Estado miembro del cual se ha separado el nuevo Estado o el Estado miembro al que se unen otros Estados o territorios conserva su calidad de miembro debido a la identidad de su personería jurídica, aunque es posible que cambien los derechos y las obligaciones derivados de su calidad de miembro.

38. Sin embargo, quedan por contestar a este respecto varias cuestiones relacionadas, como las siguientes:

a) Los criterios para determinar la identidad de la personalidad jurídica del Estado miembro, es decir, el estatuto del Estado predecesor;

¹⁷ *Anuario 1962* (vease nota 15 *supra*), Zemanek, *loc cit*, págs. 244 a 252, y la nota de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, doc. L. C. A. N.º 38 (92), de 23 de septiembre de 1992, en la que se establece, entre otras cosas, lo siguiente

«[] la República de Eslovenia, habiendo participado en periodos de sesiones anteriores dentro del marco del Estado serbo-croata-esloveno (periodos de sesiones quinto y sexto) y como parte de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, país que fue aceptado en calidad de sucesor del Estado serbo-croata-esloveno en la Conferencia [] queda incluida dentro de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 2 de los Estatutos [] Sin embargo, es posible que algunos Estados miembros de la Conferencia no compartan este parecer y consideren que Eslovenia está comprendida en el marco del párrafo 2 del artículo 2, y debería someterse así al procedimiento de admisión []»

¹⁸ Véanse la resolución WHA 14.45 de la OMS, 14.ª Asamblea Mundial de la Salud, *Actes officiels*, Nueva Delhi, 7 a 24 de febrero de 1961, N.º 110, parte I, pag. 19, y el Informe del 10.º período de sesiones de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), 31 de octubre a 20 de noviembre de 1959 (FAO C59/Report), págs. 266 a 268

¹⁶ *Ibid*, véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, segundo período de sesiones, Primera Comisión*, documento A/C.1/212, anexo 14 g, págs. 582 y 583

b) La posibilidad de que la organización prive en ciertas condiciones al Estado predecesor de su derecho a continuar automáticamente su calidad de miembro en la Organización propiamente dicha o en sus órganos con plena representación;

c) Los efectos jurídicos de un acuerdo entre el Estado predecesor y el Estado o los Estados sucesores con respecto a la continuación de la calidad de miembro en organizaciones internacionales;

d) La obligación del Estado predecesor de otorgar nuevas credenciales a sus representantes en la organización (véase, por ejemplo, el caso de la India en las Naciones Unidas después de la secesión del Pakistán);

e) El derecho del Estado predecesor de mantener un estatuto especial en la organización (véase, por ejemplo, el lugar de la Federación de Rusia en el Consejo de Seguridad), etc.

39. A este respecto, cabe hacer referencia a varios documentos de las Naciones Unidas¹⁹.

c) *La distribución entre los Estados sucesores o entre el Estado predecesor y los Estados sucesores de las obligaciones y los derechos resultantes de la calidad de miembro de la organización*

40. Los derechos y obligaciones resultantes de la calidad de miembro de una organización tienen, en principio, un carácter «personal» y desaparecen con la calidad de miembro (o pasan a corresponder en su totalidad al Estado predecesor, que sigue siendo un Estado miembro de la organización), como ocurre, por ejemplo, con el derecho a participar en las sesiones, a votar, etc. Sin embargo, algunas obligaciones y derechos del Estado predecesor relacionados con su calidad de Miembro tienen un carácter diferente y podrían en principio compartirse entre los Estados sucesores o entre el Estado predecesor y los Estados sucesores. Aunque esta distribución de las obligaciones y los derechos podría considerarse en una situación en que los Estados sucesores se incorporan en calidad de nuevos miembros a la organización, no cabe esperar que se aplique cuando los Estados sucesores deciden permanecer fuera de la organización.

¹⁹ Véanse la resolución 47/1 de la Asamblea General, relativa a la calidad de Miembro de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en las Naciones Unidas y a la participación de Yugoslavia en la labor de la Asamblea General, y la carta del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, de 29 de septiembre de 1992, relativa a esta cuestión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Anexos*, tema 8 del programa, documento A/47/485)

Véanse también el Acuerdo relativo a la devolución de los derechos y obligaciones internacionales a los dominios de la India y el Pakistán, de 6 de agosto de 1947, documento A/C 6/161, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, anexo 6C, págs. 308 a 310, o la Declaración de Alma Ata, firmada el 21 de diciembre de 1991 por 11 Repúblicas de la ex Unión Soviética con respecto a la continuación de la calidad de miembro de la Federación de Rusia en las organizaciones internacionales de que la Unión Soviética era anteriormente miembro (A/47/60-S/23329, anexo II), y el comunicado de prensa de las Naciones Unidas PM/473, de 12 de agosto de 1974, relativo a la presentación de las nuevas credenciales del representante de la India ante el Consejo de Seguridad y el Consejo Económico y Social (*Anuario 1962* [véase nota 15 *supra*], págs. 118 y 119)

41. Son ejemplos de obligaciones o derechos de este carácter los siguientes:

a) Las contribuciones atrasadas del Estado predecesor adeudadas al presupuesto o a los fondos de la organización;

b) Las contribuciones del Estado predecesor a los fondos de la organización en la forma de créditos o de adelantos (por ejemplo, al Fondo de Operaciones de las Naciones Unidas), o en la forma de depósitos no recuperables [por ejemplo, la cuota de ingreso prevista en el artículo XXVIII de la Convención por la que se establece la Organización Internacional de Metrología Legal (1955)];

c) La participación en los activos de la organización;

y

d) Los proyectos en marcha (cuando el Estado predecesor es receptor o contribuyente del proyecto).

d) *El estatuto de los observadores militares y otros observadores, así como de las unidades que participan en operaciones de mantenimiento de la paz, etc.*

42. La interacción entre las organizaciones internacionales y sus Estados miembros es cada vez más amplia y abarca diferentes formas de participación de los Estados miembros en las actividades emprendidas por la organización. La terminación imprevista de la calidad de miembro resultante de la sucesión del Estado por parte de un Estado que proporciona personal para una misión de observación o de otra índole, o una unidad para una operación de mantenimiento de la paz, puede causar problemas relacionados, entre otras cosas, con:

a) La admisibilidad de la participación continuada del personal (la unidad) en la misión (la operación); y

b) La responsabilidad en lo que respecta al mando y a la financiación de la unidad.

e) *La validez de los certificados, las licencias, etc., otorgados o exigidos por las organizaciones internacionales*

43. Hay varias categorías de certificados, licencias y otros documentos otorgados o exigidos por los organismos especializados u otras organizaciones internacionales a los nacionales de sus Estados miembros que participan en actividades concretas, como la aviación civil, la navegación marítima, etc. La validez de estos documentos con respecto a terceros Estados depende de la calidad de miembro del Estado en la organización internacional. Es preciso buscar soluciones pragmáticas que reduzcan el impacto negativo de una interrupción, aunque sea breve, de la calidad de miembro del Estado en la organización internacional causada por la sucesión del Estado.

3. POSIBLES RESULTADOS DE LA LABOR

44. El análisis por la Comisión de Derecho Internacional de la práctica de las organizaciones internacionales con respecto a las consecuencias de la sucesión de los Estados sobre las relaciones entre esas organizaciones y los Estados interesados podría llevar a la elaboración de un informe que contuviera directrices generales para la

solución de diferentes categorías de problemas que son en muchos aspectos comunes a muchas organizaciones.

45. Ese informe podría tener el efecto de unificar la práctica de las organizaciones internacionales. Podría contener algunas recomendaciones que las organizaciones internacionales podrían tener en cuenta para la elaboración o la enmienda de sus instrumentos respectivos o

sus reglamentaciones internas, o en cualquier caso particular que debieran resolver.

46. Esta cuestión no se presta a la codificación en la forma de una convención universal. Los esfuerzos de armonización tienen límites atribuibles a las características específicas de cada organización internacional, tal como se reflejan en su constitución o en otros instrumentos básicos o en sus reglamentos internos.

El derecho relativo a las migraciones internacionales, por el Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda

1. La cuestión de las migraciones parecería a primera vista obedecer a una lógica que excluye el derecho. Las migraciones son inherentes a la vida de las especies (plantas, animales, seres humanos); es su forma «natural» de supervivencia, cualquiera que sea el reino a que pertenecen.

2. Entre la migración y la ley puede decirse que hay una relación de precedencia, o de cronología, que marca la afirmación de la primera como fenómeno concreto antes que resulte posible la aplicación potencial, y en consecuencia subsiguiente, de la segunda. La exclusión mutua de las dos se hace en consecuencia menos absoluta. Las migraciones, en particular las migraciones humanas, ya se producen dentro de los confines naturales de los Estados, o más allá de ellos, son un fenómeno social. Recaen en consecuencia dentro del campo operacional de la ley. La tendencia del fenómeno legal a incluir el fenómeno migratorio parece de esta manera tan natural como la vitalidad de este último, que le impulsa constantemente a liberarse del dominio de la ley.

3. Las relaciones entre la migración y la ley son tan antiguas como las montañas. El tratado internacional más antiguo, formalizado entre el Faraón Ramsés II y el Rey de los Hititas, cuyo texto está todavía grabado en las murallas de Karnak, en Tebas, muestra que hace 4.000 años los movimientos migratorios se regían ya por acuerdos internacionales, y que las condiciones a que estaban sometidos los trabajadores migrantes, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, estaban sujetas a reglamentación. El tema de la migración de poblaciones entre comunidades soberanas e independientes y de sus relaciones con arreglo a la ley es verdaderamente muy antiguo.

4. En la época contemporánea, la estructura de esas relaciones no ha cambiado en absoluto. Antiguamente, las migraciones internacionales afectaban el ordenamiento político y jurídico de comunidades soberanas. Actualmente afectan el orden de los Estados, y como corolario, el de las entidades que deben su existencia a la voluntad de los Estados.

5. La competencia *rationae personae* del Estado se ejerce cada vez que, debido a un incidente (casual), resulta preciso determinar la ley aplicable: la del Estado de origen, la del Estado de tránsito, la del Estado de acogida. El derecho de las migraciones internacionales tiene así su lugar histórico: es en primer término firmemente nacional en su contenido, antes de convertirse en objeto

de un tratamiento internacional, en particular a través de su aplicación en los litigios o los procedimientos mediante los cuales se formula. Los períodos de libertad o de restricción de las migraciones internacionales que han marcado el desarrollo del derecho sobre el tema a partir del siglo XVI hasta nuestro tiempo ilustran la importancia de los Estados, ya que los que deciden o se ven obligados a «migrar» son, inicialmente, nacionales de un Estado. Pasarán a estar dentro de la competencia *rationae personae* del Estado de acogida, pasando a veces en tránsito a través del territorio de un tercer Estado.

6. Sólo muy recientemente el derecho internacional, y en particular el derecho de los tratados, ha empezado a incluir la reglamentación de las migraciones internacionales.

7. Son muchos los factores que han influido en este proceso. En todas partes del mundo el Estado se ha establecido progresivamente como el marco exclusivo para determinar la identidad de las poblaciones, aunque sin lograr mantenerlas firmemente asentadas. La revolución tecnológica, a través del desarrollo de los medios de transporte masivos (por aire, tierra y mar), ha tendido a unir cada vez más a personas en un tiempo separadas unas de otras por grandes distancias. La pobreza de los Estados, producto del desarrollo desigual a escala planetaria, ha obligado a muchas personas del hemisferio sur a emigrar al Norte en la esperanza de encontrar allí su felicidad. En términos de la motivación inicial, no hay diferencia real entre la migración de Sur a Norte en busca de una vida mejor y las migraciones masivas de Europa al nuevo mundo (América, Australia y Nueva Zelanda) en el siglo XIX. La violencia estatal arrastra a poblaciones considerables a través de brechas sembradas en las murallas constituidas por las fronteras. La supervivencia de las especies pone de relieve el elemento de ficción de todo el poder estatal: se explica así la dimensión universal que ha adquirido actualmente el fenómeno de los refugiados. El advenimiento de las organizaciones internacionales de primera generación ha contribuido a la producción de un cúmulo de normas, basadas en preocupaciones humanitarias (para los refugiados de Europa) y preocupaciones sociales (al establecer los fundamentos para el estatuto jurídico de los trabajadores migrantes), que las organizaciones internacionales de reasentamiento, dondequiera que se hayan establecido (Europa, África, América), deberán perfeccionar y elaborar.

8. Existe en consecuencia el marco jurídico para las migraciones internacionales, pero los elementos geopolíticos de las migraciones no tienen todavía una estructura completa.

9. El marco carece de homogeneidad conceptual en lo que respecta a su objeto. El término «migración» no figura ni una sola vez en la Carta de las Naciones Unidas, aprobada bastante después de que empezaran a producirse migraciones internacionales y de que la práctica de los Estados sobre la cuestión estuviera suficientemente establecida. Antes del siglo XIX no había ninguna definición internacional universalmente reconocida del término «migrante». Después de la primera guerra mundial, la Oficina Internacional del Trabajo debió recurrir a las legislaciones nacionales para elaborar una definición de la inmigración y de la emigración. El fenómeno migratorio en su totalidad no puede encararse sin hacer referencia a una recomendación de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1922, que se refiere a los fenómenos de la emigración, la inmigración, la repatriación y el tránsito de emigrantes a su salida y a su regreso.

10. Sin embargo, el derecho de las migraciones internacionales no brinda un concepto general del fenómeno al que se aplica. Su alcance y su aplicación están fragmentados. Ese derecho entraña, entre otras, la migración espontánea, la migración legalmente organizada y autorizada, la migración forzosa o impuesta, la migración política, la migración económica, la migración estacional, la migración anual o multianual, la migración continental y la migración transoceánica.

11. Además, no se ha resuelto tampoco la cuestión de determinar si las preocupaciones relativas a la migración son internas o internacionales. No cabe negar que algunas de ellas afectan solamente a los países de emigración (nacionalidad, pasaporte, salud), en tanto que otras afectan solamente a los países de inmigración (entrada, salida, naturalización de inmigrantes). Estos son sin duda problemas internos. Por otra parte, hay cuestiones que tienen un alcance internacional: las relativas al tránsito y la transmigración, las relativas a la aplicabilidad de la legislación nacional en territorio extranjero, las que se refieren específicamente a los ciudadanos que viven ya en territorio extranjero (refugiados, personas expulsadas, personas apátridas) y las que se refieren a los trabajadores extranjeros empleados fuera de sus países pero que tienen básicamente la intención de regresar.

12. Esta fragmentación de la cuestión de las migraciones internacionales exige necesariamente una reforma del régimen aplicable desde una perspectiva unificada y global. Desde el punto de vista de la promulgación, el régimen deberá armonizarse. Las estructuras internacionales de coordinación garantizarían su aplicación efectiva.

13. El profesor Richard Plender ha recopilado los tratados, los principios generales, las leyes nacionales pertinentes y las decisiones de los tribunales relativas al derecho de las migraciones internacionales en dos volúmenes¹. El segundo tomo amplía el contenido del primero ya que, además de la jurisprudencia nacional e inter-

nacional, se catalogan la legislación de los Estados y los tratados y otros instrumentos internacionales desde 1793 hasta 1986. Estos dos trabajos constituyen una referencia básica para este tema.

14. Después de la reedición de estos dos tomos han aparecido varios textos nacionales e internacionales:

a) *Tratados*

La Convención entre Francia y España relativa a la inmigración clandestina;

El Acuerdo entre España y Francia relativo a la admisión de extranjeros ilegales en puestos fronterizos, de 8 de enero de 1988;

El Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmado en Dublín el 15 de junio de 1990;

La Convención por la que se aplica el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la eliminación gradual de los controles fronterizos comunes, firmado el 19 de junio de 1990.

El Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992.

b) *Textos legislativos nacionales*

La Ley de Inmigración de los Estados Unidos, de 6 de noviembre de 1986 (que entró en vigor el 5 de mayo de 1987)²;

Las «medidas» encaminadas a limitar el número de solicitantes de asilo en la República Federal de Alemania adoptadas por el Parlamento (de Alemania Occidental) el 13 de noviembre de 1986³;

La ley italiana del 27 de enero de 1987 por la que se establecen las normas relativas a la colocación y el tratamiento de extranjeros que no pertenecen a un Estado miembro de la Comunidad y contra la inmigración clandestina.

c) *Decisiones judiciales*

Consejo Constitucional (Francia), decisión de 25 de junio de 1991, relativa a la autorización de la aprobación del Convenio por el que se aplica el Acuerdo de Schengen;

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 9 de julio de 1987 (casos 281/85, 283 a 285/85 y 287/85).

d) *Varios*

El informe del Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, aprobado el 23 de febrero de 1987, sobre las limitaciones que han de imponerse al ejercicio del derecho de asilo.

² *United States Statutes at Large*, vol. 100, 1986, 4.ª parte, ley N.º 99-603, pág. 3359.

³ Véase *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, vol. 40, actas de las sesiones del Bundestag del 12 de noviembre al 11 de diciembre de 1986.

¹ *Basic Documents on International Migration Law e International Migration Law*, 2.ª ed. rev., Richard Plender ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

15. Hay en relación con este tema una doctrina considerable⁴.

⁴ a) Libros Pierre Georges, *Les migrations internationales*, Paris, Presses universitaires de France, 1976, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movements of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, y Richard Plender (véase nota 1 supra),

b) Estudios Jorge Balan, *Las migraciones internacionales en el Cono Sur*, Ginebra, CIM, 1985, Ramiro Cardona, *Migraciones internacionales de los países del Pacto Andino*, Ginebra, CIM, 1985, Suzy Castor, *Migración y relaciones internacionales (El caso Haitiano-Dominicano)*, Santo Domingo, Universidad Autónoma de Santo Domingo, 1989, Nicole Catala, *Communauté économique européenne—Jurisclasseur droit international*, 1990, Fasc 611, N^{os} 9 a 12, Julien Conde, *Les migrations internationales Sud-Nord*, Paris, OCDE, 1986, vols 1 y 2, Julien Conde, *Les migrations africaines dans la Communauté européenne*, Paris, OCDE, 1992, Raymond Sarraute, «Refugie», *Repertoire de droit international—Encyclopedie juridique*, Dalloz, vol II, pag 728, Eberhard Jahn, «Intergovernmental Committee for Migration», *Encyclopedia of Public International Law*, vol 5, 1983, pag 41, y Eberhard Jahn, «Migration movements», *ibid*, vol 8, 1985, pag 377

c) Cursos Charles de Boeck, «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en souleve la pratique», *Recueil des cours 1927-III*, vol 18, pag 443, Stelio Seferiades, «L'echange des populations», *Recueil des cours 1928-IV*, vol 24, pag 307, y Louis Varlez, «Les migrations internationales et leur réglementation», *Recueil des cours 1927-V III*, vol 20, pag 165

d) Colecciones «Migrazioni», *Affari sociali internazionali*, Milan, 19^o año, N^{os} 1 y 4, 1991, «XII^e congres de l'Institut international de droit d'expression française sur les mouvements de population», *Revue juridique et politique, independance et cooperation*, 34^o año, N^o 1, enero-marzo de 1980, «Movimenti migratori un problema globale», *Politica internazionale*, 19^o año, N^o 5, septiembre-octubre de 1991, «La Migration», *Revue internationale des sciences sociales*, UNESCO, vol XXXVI, N^o 3, 1984, «Les migrations internationales au Moyen-Orient», *Revue tiers-monde*, vol XXVI, N^o 104, octubre-diciembre de 1985, y «Les travailleurs étrangers et le droit international», *Societe française pour le droit international*, Paris, Pedone, 1979

e) Artículos A A Afolayan, «Immigration and Expulsion of ECOWAS Aliens in Nigeria», *International Migration Review* (Nueva York), vol 22, N^o 1, 1988, pag 4, Reginald Appleyard, «Migration and Development Myths and Reality», *ibid*, vol 23, N^o 3, 1989, pag 486, Hans Arnold, «The "Century of Refugee"—A European Century?», *Aussenpolitik* (Hamburgo), vol 42, N^o 3, 1991, pag 271, Maurice Bertrand, «Menaces Entre l'imaginaire et le reel», *Le trimestre du monde* (Paris), N^o 1, 1991, pag 93, V Dovonon, «L'OIT, l'ONU et les migrations Cooperation ou conflit de competence?», *Revue de droit international et de droit compare* (Bruselas), vol 66, N^o 1, 1989, pag 24, Dennis Gallagher, «The Evolution of the International Refugee System», *International Migration Review*, vol 23, N^o 3, 1989, pag 579, Jean-Pierre Goman, «La palette des perils», *Defense nationale* (Paris), vol 43, 1987, pag 77, Jean-Pierre Hocke, «Refugies et migration de la derive europeenne a l'urgence d'une action en accord avec les valeurs proclamees», *Cadmos* (Paris), 13^o año, N^o 50, 1990, pag 88, Rainer Hofmann, «Refugee Law in Africa», *Law and State* (Tubingen), vol 39, 1989, pag 79, Charles Leben, «La circulation internationale des personnes et le droit international», *Annales de la faculte de droit et de sciences politiques de Clermont-Ferrand* (Paris), vol 15, N^o 1, 1978, pag 629, Donatella Luca, «La notion de "solution" au probleme des refugies», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Ginebra), vol 65, N^o 1, 1987, pag 1, David A Martin, «Effects of International Law on Migration Policy and Practice The Uses of Hypocrisy», *International Migration Review*, vol 23, N^o 3, pag 547, Richard Perruchoud, «L'Organisation internationale pour les migrations», *Annuaire français de droit international*, vol XXXIII, 1987, pag 513, Ger d Prunier, «La communauté indienne d'Ouganda, des origines a l'expulsion», *Le mois en Afrique* (Paris), 16^o año, 1981, pag 61, Larbi Talha, «La migration des travailleurs entre le Maghreb et l'Europe», *Revue française d'etudes mediterraneennes*, 1975, pag 65, y Love-more M Zinyama, «International migrations to and from Zimbabwe and the influence of political changes on population movements, 1965-1987», *International Migration Review*, vol 24, N^o 4, 1990, pag 748

f) Informes «Trends and Characteristics of International Migration since 1950», *Etudes demographiques* N^o 64 (publicacion de las Naciones Unidas, N^o de venta F 78 XIII 5) (ST/ESA/SER A/64), y Naciones Unidas, «Conclusions on the International Protection of Refugees», Ginebra, 1991

16. Ya sea que culmine en un estudio, un informe o un proyecto de convención, la inclusión del tema «Derecho migratorio internacional» en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional no debería tropezar con objeciones importantes. La tarea de la Comisión de presentar estudios o informes específicos a la Asamblea General no es, sin embargo, tan bien conocida por el público, o siquiera por los organismos especializados, como lo es su tarea de elaborar proyectos de convención.

17. Sin embargo, hay un malentendido que es preciso aclarar. Cualesquiera que sean las particularidades formales que pueda tener la labor de la Comisión de Derecho Internacional, esa labor es siempre el producto final de estudios prolongados. El método de trabajo es una cosa, el principio a este respecto es inmutable. Pero la naturaleza de los resultados finales está determinada por el interés que reviste la cuestión en un momento dado y consiguientemente por la decisión de la propia Comisión.

18. ¿Son los informes y los proyectos de artículos dos cosas distintas y separadas? Hay tópicos y subtópicos sobre los cuales la Comisión ha presentado informes definitivos. Otras cuestiones, por el contrario, han avanzado más allá de esa etapa y han alcanzado el estatuto de proyectos de artículos. Sin perseguir necesariamente el mismo objetivo (informar y codificar), los proyectos de convención no pueden elaborarse dentro del marco de la Comisión sin la preparación previa de un informe y, en ese contexto, los relatores especiales trabajan durante períodos prolongados, a largo plazo, a diferencia de los relatores cuyo mandato tiene un plazo limitado. Desde este punto de vista, este «esbozo» o «resumen» del tema del derecho migratorio internacional pertenece sin duda alguna al género de los informes, claramente distinto del género de los proyectos de convención.

19. Por último, cualquiera que sea su objetivo (y a causa de él), la estructura formal de los dos géneros es desigual. Es posible preparar cualquier tipo de informe sobre el derecho migratorio internacional. Sin embargo, sólo puede elaborarse un proyecto de convención sobre esa cuestión.

20. No es improbable que se tropiece con dificultades al embarcarse en la preparación de proyectos de artículos sobre el derecho migratorio internacional, dado que se trata de un tema regido por el derecho internacional y con respecto al cual existen ya en consecuencia reglamentaciones concretas. No habría necesidad de un desarrollo o una codificación progresivos.

21. Sin embargo, no hay un concepto jurídico general de la migración internacional. El desarrollo del tema de la migración internacional se ha producido en algún lugar entre el derecho humanitario internacional y el derecho social internacional. La aplicación de las normas definidas por esas dos disciplinas ha permanecido estrechamente subordinada a la autoridad de distintas políticas internacionales definidas unilateralmente por los Estados a la luz de su propio enfoque del fenómeno de las migraciones, incluso cuando declaran que aceptan la primacía del derecho internacional porque pertenecen a organizaciones de reasentamiento. Se trata en general de políticas a puertas cerradas que afectan los derechos de otros Estados y otras personas, derechos cuyos mecanismos de pro-

tección general es preciso definir. Un concepto de la migración internacional capaz de obtener el apoyo de los Estados y las organizaciones internacionales parece ser un requisito previo para el diseño de los mecanismos y para la garantía de su eficacia.

22. La elaboración de un concepto general implica la elaboración de una convención general sobre los principios y normas aplicables a los movimientos internacionales de población. El resultado de ello sería la reducción del monopolio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en esta esfera. La participación de organizaciones no gubernamentales, como el CICR y la OIM, en esta empresa no sólo pondría de relieve la función de esas organizaciones como interlocutores de los Estados sino que serviría también para dar nuevo impulso a su institucionalización. Se reduciría en consecuencia la fragmentación jurídica e institucional del derecho migratorio internacional, ya que el objetivo de la convención sería reemplazar ese derecho por un régimen más unificado establecido teniendo en cuenta las tendencias actuales con respecto a los movimientos migratorios internacionales. La necesidad de adaptar las normas clásicas a nuevos tipos de problemas debe determinar por esa razón la dirección de la política de las Naciones Unidas encaminada a obtener la aceptación por los Estados de un régimen común de normas aplicables a los movimientos de población.

23. La sustitución del concepto de «migración» por el de movimientos de población se debe a la preocupación por hacer frente a la realidad del fenómeno en toda su diversidad. Ese fenómeno ha cambiado, y no cabe permitir que las leyes que se le aplican queden atrasadas con respecto a la realidad. Un proyecto general de convención sobre el derecho aplicable a los movimientos internacionales de población respondería a la necesidad de actualización de tres grupos de intereses: los de los Estados, los de las personas y los de la comunidad internacional.

24. Un nuevo orden mundial de las migraciones internacionales encontraría en el nuevo orden mundial un punto de referencia que iría mucho más allá del idealismo o de las abstracciones tradicionales. La experimentación directa, pero ordenada, debe acompañar y sostener la conversión mundial a la ideología democrática, que reduce la apariencia ilegal del derecho de intervención. Este mismo espíritu de solidaridad, elevado al nivel del principio y empleado como justificación para la intervención de los gobiernos o de los Estados en las cuestiones internas de otros Estados, justificaría también la migración de un segmento dado de la población de un país a otro sin temor de no ser aceptada, siquiera por un plazo breve. La función del derecho sería entonces impedir las exclusiones arbitrarias y proporcionar protección legislativa para corredores de tránsito, residencia y (¿por qué no?) llegada. Se vería así que prevención rima con protección, la protección que se promueve en la doctrina (Bertrand, Hocké, Perruchoud) de los movimientos migratorios y que es, después de todo, el objetivo final.

25. Pero, para ser realista, una política jurídica de las migraciones internacionales debe estar efectivamente supervisada; es preciso prever en consecuencia mecanismos de control. Esta obligación se desprende de la necesidad de definir canales institucionales para la ordenación de los movimientos migratorios, desde canales de asistencia o financiación hasta canales de asentamiento, reintegración o retorno. La reestructuración de la función de los Estados (derechos y obligaciones), la participación de las organizaciones regionales existentes (para los servicios de asesoramiento y de asistencia), la identificación de los colaboradores, en particular a nivel internacional, la participación en la aplicación de programas de supervisión de los movimientos migratorios; todos estos elementos conforman un nuevo sistema de asignación y coordinación de las misiones y las funciones que completarían el mecanismo preventivo, de acuerdo con un concepto integrado, en el mismo instrumento jurídico.

La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, por el Sr. Alain Pellet

1. La propuesta de incluir el tema «Efectos jurídicos de las reservas a las convenciones multilaterales y de las objeciones a dichas reservas» en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional se formuló en el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, durante el examen en la Sexta Comisión del informe de la Comisión de Derecho Internacional¹. El tema fue examinado por el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo establecido por el Grupo de Planificación, que incluyó «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados» en la selección de temas cuyo estudio por la Comisión de Derecho Internacional podía ser idóneo².

2. El Grupo de Trabajo había indicado que este tema «podría ser idóneo para ser incluido sin demora en el programa y podría ser objeto de un instrumento de codificación». El Grupo de Planificación, «aunque no estaba en desacuerdo con esa conclusión, decidió no hacer ninguna recomendación en [esa] etapa y volver a examinar la cuestión después de que [hubieran] sido evaluadas las perspectivas que ofrecían otros temas»³.

1. LABOR ANTERIOR DE LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL

3. En varias ocasiones, se pidió a la Comisión de Derecho Internacional que examinara la cuestión de las reservas formuladas a los tratados. Así lo hizo durante la pre-

¹ Véase el Resumen por temas de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante el cuadragésimo sexto período de sesiones, preparado por la Secretaría (A/CN.4/L.469), párr. 422.

² Informe del Grupo de Planificación (A/CN.4/L.473/Rev.1), párr. 21.

³ *Ibid.*, párr. 23.

paración del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, que sería la fuente de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, cuyos artículos 19 a 23 tratan de las reservas⁴.

4. Tras ciertas vacilaciones, el texto de esos artículos se reprodujo, virtualmente palabra por palabra y con la misma numeración, en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales⁵.

5. La cuestión de las reservas se trata también en el artículo 20 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados⁶.

2. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL TEMA EN LA PRACTICA Y LA DOCTRINA

6. Sir Hersch Lauterpacht hizo observar en su primer informe sobre el derecho de los tratados que:

The subject of reservations to multilateral treaties is one of unusual—in fact baffling—complexity and would serve no useful purpose to simplify artificially an inherent complex problem [El tema de las reservas a los tratados multilaterales es un problema de una complejidad poco común—verdaderamente desconcertante—y de nada serviría simplificar artificialmente un problema esencialmente complejo]⁷

⁴ Veanse, en especial, *Yearbook 1951*, vol II, págs 1 a 17, documento A/CN.4/41, informe de Sir James L. Brierly, *Yearbook 1953*, vol II, págs 90 a 162, documento A/CN.4/63, informe del Sr Hersch Lauterpacht, *Anuario 1962*, vol II, pag 31, documento A/CN.4/144, primer informe de Sir Humphrey Waldock, en especial págs 68 a 79, artículos 17 a 19 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y sus comentarios, y págs 84 a 93, apéndice «Reseña histórica de la cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales», *Anuario 1965*, vol II, pag 1, documento A/CN.4/177 y Add 1 y 2 (cuarto informe de Sir Humphrey Waldock), en especial págs 14 (apartado f del párrafo 1 «Reserva») y 46 a 59 (sección III), *ibid*, págs 78 a 115, documento A/5687, informe del Secretario General sobre «la práctica seguida por los depositarios en relación con las reservas», y *Anuario 1966*, vol II, pag 185, documento A/6309/Rev 1, informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en la segunda parte de su 17.º período de sesiones, en especial pag 209, párrafo 11 del comentario al artículo 2 (anteriormente artículo 1), y págs 222 a 230 (sección 2 Reservas a los tratados multilaterales)

Para una lista más detallada de obras pertinentes veanse «Guía al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 18.º período de sesiones (1966)» (A/C.6/376), págs 79 a 87, Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1978, págs 489 a 492, y Shabtai Rosenne, *The Law of Treaties A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1970, págs 182 a 187

⁵ Veanse, en especial, *Anuario 1975*, vol II, págs 27 a 49, cuarto informe del Sr Paul Reuter, *Anuario 1977*, vol II (segunda parte), págs 107 a 117, *Anuario 1981*, vol II (primera parte), pag 49, documento A/CN.4/341 y Add 1, décimo informe del Sr Paul Reuter, en especial págs 63 a 72, sección 2, *ibid*, vol II (segunda parte), págs 141 a 146, sección 2, y *Anuario 1982*, vol II (segunda parte), págs 34 a 39, sección 2

⁶ Veanse, en especial, *Anuario 1970*, vol II, pag 27, documento A/CN.4/224 y Add 1, tercer informe de Sir Humphrey Waldock, en especial págs 50 a 56, artículo 9 y su comentario, *Anuario 1972*, vol II, págs 237 y ss, documento A/8710/Rev 1, informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 24.º período de sesiones, en especial págs 283 a 288, artículo 15, *Anuario 1974*, vol II (primera parte), pag 1, documento A/CN.4/278 y Add 1 a 6, primer informe de Sir Francis Vallat, en especial págs 52 a 56, artículo 15, e *ibid*, págs 157 y ss, documento A/9610/Rev 1, informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 26.º período de sesiones, en especial págs 224 a 230, artículo 19

⁷ *Yearbook 1953*, vol II, pag 90, documento A/CN.4/63, en especial pag 124

7. Cabe elogiar merecidamente los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena que

[] son evidentemente una de las piezas maestras de la Convención, tanto por su precisión técnica como por la gran flexibilidad que han introducido en el régimen de las convenciones multilaterales⁸

8. No obstante, como señaló la Comisión, coincidiendo con Reuter,

Incluso en el caso de los tratados entre Estados, la cuestión de las reservas ha sido siempre difícil y controvertida y cabe que ni siquiera las disposiciones de la Convención de Viena [de 1969] hayan resuelto todas las dificultades⁹

9. En general, los autores comparten esta opinión y subrayan que las tres Convenciones de Viena pertinentes (véase I *supra*, párrs. 3 a 5) han dejado importantes incertidumbres con respecto al régimen jurídico aplicable a las reservas. Además, la existencia de esas incertidumbres queda cumplidamente demostrada por la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, a menudo vacilante y poco clara.

10. La abundancia de literatura dedicada al tema de las reservas formuladas a los tratados atestigua que la doctrina es sistemáticamente confusa con respecto a los problemas, que son de carácter altamente técnico y sumamente complejo, pero que a la vez revisten una excepcional importancia práctica. Como señaló José María Ruda,

The question of reservations to multilateral treaties has been one of the most controversial subjects in contemporary international law [La cuestión de las reservas a los tratados multilaterales ha sido uno de los temas más controvertidos en el derecho internacional contemporáneo]¹⁰

11. Apenas si es preciso recordar, a este respecto, la abundancia de artículos dedicados a las reservas en las obras que tratan del derecho de los tratados en general, e incluso en los tratados y los manuales de derecho internacional general¹¹. A esta larga lista, que a pesar de ello

⁸ Cuarto informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, del Sr Paul Reuter (vease nota 5 *supra*), en especial pag 38, párrafo 1 del comentario general a la sección 2

⁹ *Anuario 1982*, vol II (segunda parte), pag 34, párrafo 1 del comentario general de la sección 2

¹⁰ «Reservations to Treaties», *Recueil des cours 1975-III*, vol 146, pag 95

¹¹ Veanse, en especial, y únicamente a título de ejemplo, algunas de las obras estándar sobre el derecho de los tratados Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985, págs 71 a 77, Tashm O Elias, *The Modern Law of Treaties*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1974, págs 27 a 36, Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, págs 158 a 177, Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, págs 71 a 76, y notas complementarias, pag 82, y Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Inglaterra, Manchester University Press, 2.ª ed., 1984, págs 40 a 50

Desde la aprobación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la lista de monografías clásicas sobre la reserva se ha visto enriquecida por nuevas obras, detalladas y fruto de una investigación minuciosa. Entre los estudios publicados con anterioridad a 1969, veanse, en especial D. R. Anderson, «Reservations to Multilateral Conventions: A Re-examination», *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol 13, 1964, pag 450, William W. Bishop, Jr., «Reservations to Treaties», *Recueil des cours 1961-II*, vol 103, pag 245, Gerald Fitzmaurice, «Reservations to Multilateral Conventions», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol 2, 1953, pag 1, Kaye Holloway, *Les réserves dans les traités internationaux*,

queda incompleta, deben añadirse el gran número de monografías dedicadas al estudio de la práctica nacional en la esfera de las reservas, a las reservas formuladas a una determinada convención o a un determinado tipo de tratado, o a algunas cuestiones específicas. Algunas de estas obras se mencionarán *infra*.

12. En el ámbito necesariamente limitado de este informe, sería imposible proporcionar un panorama exhaustivo de las cuestiones que plantea el régimen jurídico aplicable a las reservas. Prácticamente, cuanto cabe hacer es elaborar una lista incompleta de dichas cuestiones, comenzando necesariamente con las Convenciones de Viena de 1978, 1986 y, en especial, 1969¹².

13. Por razones de conveniencia, aunque de una manera más bien artificial, se tratarán sucesivamente las cuestiones relativas a: a) la existencia misma de estas Convenciones; b) sus ambigüedades, y c) sus lagunas.

a) *Problemas suscitados por la inclusión de disposiciones relativas a la formulación de reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados*

14. Con el paso del tiempo, la cuestión de determinar si las normas relativas a las reservas establecidas en la Convención de 1969 constituyen un aspecto de la codificación o del desarrollo progresivo se ha tornado en gran medida obsoleta. Por otra parte, no cabe duda de que los artículos 19 a 23 abrieron nuevos horizontes —a veces de una manera considerable, según ciertas opiniones—, sobre

(Continuación de la nota 11)

Librairie Generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1958, Dietrich Kappeler, *Les reserves dans les traites internationaux*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Basilea, 1958, Herbert W Malkin, «Reservations to Multilateral Conventions», BYBIL, vol VII, 1926, pag 141, Luis A Podesta Costa, «Les reserves dans les traites internationaux», *Revue de droit international*, 1938, N° 1, pag 1, Christian Tomuschat, «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties. Comments on Arts 16 and 17 of the ILC's 1966 draft articles on the Law of Treaties», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol 27, 1967, pag 463, y Edoardo Vitta, *Le riserve nei trattati*, Turin, G. Giappichelli, 1957

Entre las monografías publicadas después de la aprobación de la Convención de Viena de 1969, veanse, en especial Derek W Bowett, «Reservations to Non-restricted Multilateral Treaties», BYBIL, 1976-1977, vol XLVIII, pag 67, Mohammed Ahsen Chaudri, «Reservations to multilateral treaties», *De Lege Pactorum Essays in Honor of Robert Renbert Winson*, Durham (N C), Duke University Press, 1970, pag 40, Richard W Edwards, Jr, «Reservations to Treaties», *Michigan Journal of International Law*, vol 10, N° 2, 1989, pag 362, John K Gamble, Jr, «Reservations to multilateral treaties. A macroscopic view of State practice», AJIL, vol 74, N° 1, 1980, pag 372, V F Gubin, «Reservations in International Law» (en ruso), *Pravovedenie*, N° 5, 1972, pag 84, Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1988, Imbert, *op cit* (vease nota 4 *supra*), Jean K Koh, «Reservations to Multilateral Treaties How International Legal Doctrine Reflects World Vision», *Harvard International Law Journal*, vol 23, N° 1, 1982, pag 71, Rolf Kuhner, *Vorbehalte zu multilateralen Völkerrechtlichen Verträgen*, Berlin, Springer-Verlag, 1986, Rafael Nieto Navia, «Las reservas a los tratados multilaterales en la Convención de Viena de 1969», *Rev Universitas*, Bogota, junio de 1974, pag 283, Joseph Nisot, «Les reserves aux traites et la Convention de Vienne du 23 mai 1969», RGDI, 1973, vol 77, N° 1, pag 200, Ernesto J Rey Caro, «Las reservas de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados», *Revista de derecho internacional y ciencias diplomaticas* (Rosario), 1972, pag 168; Ruda, *loc cit* (vease nota 10 *supra*), y Renata Szafarz, «Reservations to Multilateral Treaties», *Polish Yearbook of International Law*, vol 2, 1970, pag 239

¹² Vease Karl Zemanek, «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Études de droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pag 323

todo al establecer una verdadera «presunción en favor de las reservas»¹³. Pero, por otra parte, estas disposiciones han «cristalizado» de ese modo anteriores tendencias que estaban bastante avanzadas¹⁴.

However, in the twenty years [and more] that have elapsed since the Vienna Convention was opened for signature, the rules regarding reservations stated in that treaty have come to be seen as basically wise and to have introduced desirable certainty [Sin embargo, en los [mas de] 20 años transcurridos desde que se abrió a la firma la Convención de Viena, se ha pasado a considerar que las normas relativas a las reservas que figuran en el tratado son básicamente acertadas y han introducido una certidumbre conveniente]¹⁵

Dicha consolidación —con carácter parcial (véanse párrs. 16 y 17 *infra*)— fue propiciada por varios factores, en especial:

a) Las normas reflejaban las condiciones de la sociedad internacional en el momento en que fueron aprobadas;

b) Formaban parte de una tendencia general orientada a hacer de las convenciones multilaterales unos instrumentos más flexibles y abiertos;

c) Además, fueron aprobadas casi por unanimidad en la Conferencia de Viena; y

d) Fueron incluidas de nuevo en la Convención de 1986.

15. Estas consideraciones han hecho que los Estados respetaran de modo general estas disposiciones, independientemente de que hubieren ratificado o no la Convención¹⁶, e incluso, como en el caso de Francia, independientemente de que la hubieran o no firmado. Ello ha motivado que los tribunales y árbitros internacionales percibieran en las disposiciones una expresión de las normas consuetudinarias. A este respecto, se hace referencia a la decisión del Tribunal de Arbitraje Franco-Británico, de 30 de junio de 1977, en el caso relativo a la delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Francia (que de aquí en adelante se denominará el caso *mer d'Iroise*)¹⁷.

16. Sin embargo, sólo cabe mantener esta conclusión con ciertas reservas:

¹³ Imbert, *op cit* (vease nota 4 *supra*), pag 87, veanse especialmente el párrafo 5 del artículo 20 y el párrafo 3 del artículo 21

¹⁴ Vease, por ejemplo, R R Baxter, «Treaties and Custom», *Recueil des cours 1970-I*, vol 129, pag 48

¹⁵ Edwards, Jr, *loc cit* (vease nota 11 *supra*), pag 365

¹⁶ Vease, por ejemplo, en el caso del Reino Unido, las declaraciones de Sir Ian Sinclair, y en el caso de los Estados Unidos, las declaraciones de Robert E Dalton, en *American Society of International Law—Proceedings of the 78th Annual Meeting*, 1984, pages 273 y 274 y pag 278, respectivamente

¹⁷ Naciones Unidas, *Recueil de sentences arbitrales*, vol XVIII (N° de venta E/F 80 V 7), pages 73 y ss, en especial los párrs 37 y 38 y 58 a 61, e *International Law Report*, vol 54, 1979, pages 35 y 36 y 44 y 45. Vease Imbert, «La question des reserves dans la decision arbitrale du 30 juin 1977 relative a la delimitation du plateau continental entre la Republique française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», AFDI, vol XXIV, 1978, pag 29, y Boyle, «The law of treaties and the Anglo-French continental shelf arbitrations», *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol 29, 1980, pag 498, y Giorgio Gaja, «Unruly treaty reservations», *Le droit international a l'heure de sa codification Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol I, pag 307

a) Las formulaciones de los tribunales no carecen de cierta ambigüedad:

- i) En el asunto *mer d'Troise*, el Tribunal de Arbitraje se refiere a la definición de reserva en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, haciendo observar que es aceptada por ambas partes (párrafo 55 de la decisión), y parece más bien estar estableciendo una correlación entre las normas del derecho internacional general y las establecidas en el párrafo 3 del artículo 21 de la Convención, en vez de adoptar una posición general sobre el valor de la Convención como instrumento de codificación (véase el párrafo 61 de la decisión);
- ii) En el asunto *Temeltasch*, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que la Convención «recoge primordialmente* normas que existen en el derecho consuetudinario y tiene esencialmente* la naturaleza de un instrumento de codificación»¹⁸.

b) A pesar de que existen lagunas en la Convención sobre puntos a veces importantes y de que no podía haber previsto normas aplicables a problemas que no se planteaban en el momento de su elaboración, la Convención sirvió como punto de partida para nuevas prácticas que en la actualidad no se aplican de manera sistemática, o por lo menos no en toda su dimensión¹⁹. A juicio de un autor,

*Calm has been introduced by the Vienna Convention on the law of the treaties [] However, the Vienna Convention —perhaps the most successful international effort at codification ever undertaken— has not frozen the law. Rather, the rules in the Convention structure its future development [La Convención de Viena ha introducido un elemento de tranquilidad en el derecho de los tratados [] Empero, la Convención de Viena —que tal vez sea el esfuerzo internacional de codificación de mayor éxito jamás emprendido— no ha congelado el derecho. Mas bien, las normas de la Convención estructuran su desarrollo futuro]*²⁰

c) Por último cabe señalar, como punto más importante, que la práctica de los Estados respecto de ciertos puntos, o la práctica de algunos Estados, contradice los términos de la Convención de 1969. A este respecto, véase, en especial, «Unruly treaty reservations» de Giorgio Gaja²¹, en que el autor examina sucesivamente, ofreciendo ejemplos, las prácticas relacionadas con las cuestiones siguientes:

- i) Las reservas subsiguientes a la ratificación²² (en oposición a las disposiciones del apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo 19 de la Convención);

¹⁸ Decision de 12 de octubre de 1981, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Decisions et rapports*, vol 26, N° 9116/80, pag 217, par 68. Véase Imbert, «Les réserves a la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire Temeltasch)», *RGDIP*, 1983, vol 87, N° 3, pag 580, e *International and Comparative Law Quarterly*, 1984, vol 33 (3ª parte), pag 558

¹⁹ Véase la posición del Secretario General de las Naciones Unidas respecto del plazo dentro del que los Estados pueden plantear objeciones a la reserva

«El Secretario General no cree tener la facultad, salvo que la Asamblea General le imparta nuevas instrucciones, para conformar su práctica a las normas de la Convención de Viena que serían inconciliables con las instrucciones en vigor»

(Naciones Unidas, *Anuario Jurídico* 1975, pag 216, e *ibid*, 1981, pag 186

²⁰ Edwards, Jr, *loc cit* (véase nota 11 *supra*), pag 405

²¹ *Loc cit* (nota 17 *supra*), *passim*, pags 307 a 330

²² *Ibid*, pags 310 a 313

- ii) El caso omiso que han hecho los Estados de las disposiciones del artículo 19 relativas a las reservas inadmisibles²³, aunque bien es cierto que la redacción de esta disposición también resulta ambigua;
- iii) La falta de observancia de la condición suspensiva representada por el plazo de un año antes de que un Estado pueda pasar a ser parte de la Convención, tal como se prevé en el párrafo 5 del artículo 20²⁴; y
- iv) El efecto de las objeciones a las reservas²⁵, aunque, de nuevo en este contexto, las disposiciones del párrafo 4 del artículo 20 parecen encerrar una especial ambigüedad.

17. No todos estos argumentos tienen el mismo peso. Sin embargo, sugieren la adopción de un enfoque prudente e impiden llegar a la conclusión de que las normas aplicables a las reservas son de una claridad meridiana, incluso en los puntos cubiertos por la Convención de 1969; en relación con la Convención de 1986, la práctica parece virtualmente inexistente.

- b) *Las ambigüedades de las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados*

Definición y ámbito de las reservas

18. Con todo lo satisfactoria que pueda resultar la definición de reserva, que es la misma en la Convención de 1969 (apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2), la Convención de 1978 (apartado *j* del párrafo 1 del artículo 2) y la Convención de 1986 (apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2), dicha definición incurre en omisiones que provocan incertidumbres que a menudo pueden resultar muy inconvenientes. El primer punto que queda sin aclarar, aunque resulte más perturbador en la teoría que importante en la práctica, se refiere a la posibilidad de formular reservas a tratados bilaterales. El problema, no obstante, se plantea debido a la enmienda introducida por la Conferencia de Viena al título de la sección II de la segunda parte de la Convención de 1969 («Reservas» en lugar de «Reservas a los tratados multilaterales»), la ambigüedad de los trabajos preparatorios²⁶ y la opinión de algunos autores que aceptan que «las reservas pueden operar en teoría» respecto de los tratados bilaterales²⁷.

19. De mucho mayor interés práctico es la distinción entre reservas, por una parte, y las «declaraciones interpretativas» a las que los Estados parecen recurrir con una frecuencia cada vez mayor y respecto de las que no se pronuncian las Convenciones²⁸.

20. La conclusión que cabe extraer de fallos recientes es que, dejando aparte otras consideraciones al respecto, la «declaración interpretativa» debe considerarse como una verdadera reserva si reúne los requisitos de la definición que figura en las convenciones. A este respecto, se hace

²³ *Ibid*, pags 313 a 320

²⁴ *Ibid*, pags 320 a 324

²⁵ *Ibid*, pags 324 a 329

²⁶ Véase Edwards, Jr, *loc cit* (nota 11 *supra*), pags 402 a 405

²⁷ Véase el cuarto informe de Reuter (nota 5 *supra*), pag 38

²⁸ Véase, en especial, D M McRae, «The Legal Effect of Interpretative Declarations», *BYBIL*, 1978, vol XLIX, pag 155

referencia a la decisión arbitral de 30 de junio de 1977 en el asunto *mer d'Iroise*²⁹ (párrafo 55 de la decisión); al informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el asunto *Temeltasch*³⁰ (párr. 73), y al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Belilos* de 29 de abril de 1988³¹, o la decisión de 8 de noviembre de 1989 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso *T. K. et M. K. c. France*³². Pero esas decisiones también prueban que es en extremo difícil establecer una distinción entre «declaraciones interpretativas calificadas» y «simples declaraciones interpretativas»³³. Además, no está claro cuál pueda ser el efecto jurídico de este último tipo de declaraciones.

Determinación de la validez de las reservas

21. Es probable que la ambigüedad de las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 ha quedado ya demostrada de manera obvia. Esta ambigüedad procede de la vaguedad del artículo 19 y de la falta de precisión, como mínimo, del mecanismo de evaluación de la validez de las reservas previsto —o no previsto— en las Convenciones.

22. Como Reuter hizo observar,

[] si el tratado no se pronuncia, las únicas reservas prohibidas son las que resultarían incompatibles con su «objeto y su fin», un concepto utilizado de nuevo por la Comisión de Viena, aun cuando su interpretación sigue siendo tan incierta como cuando surgió la Opinión Consultiva del Tribunal de 1951³⁴

23. Estas incertidumbres no se disipan sino que, por el contrario, se intensifican merced al párrafo 2 del artículo 20, que reintroduce el criterio del objeto y el fin del tratado con respecto a los tratados multilaterales y parece dar a entender a contrario que «una reserva contraria al objeto y el fin de un tratado puede ser autorizada si lo aceptan todas las partes»³⁵. Además, la definición misma de estos tratados multilaterales todavía es en extremo deficiente³⁶.

24. Estas ambigüedades serían un problema de menor importancia si, como varios Relatores Especiales de la Comisión de Derecho Internacional habían propuesto, las Convenciones hubieran definido la manera en que había que examinar la compatibilidad de una reserva con las normas respecto de las cuales se formaba la reserva. Sin embargo, no ha sido así³⁷. Las Convenciones confían a cada uno de los Estados la tarea de evaluar, en lo que a él le concierne, la validez de una reserva, bien sea el mismo

Estado el autor de la reserva o si ésta ha sido formulada por otro Estado parte en el tratado. Además, en el apartado *b* del párrafo 4 del artículo 20 se indica que, excepto en los casos muy raros en que un Estado ha formulado una objeción en el sentido de que no tiene la intención de obligarse con respecto al Estado autor de la reserva, el tratado entra en vigor entre los dos Estados interesados. Es innegable que esta disposición, introducida por la Conferencia de Viena el 25 de abril de 1969, es contraria al proyecto de la Comisión y, por consiguiente, al resto del texto resultante del proyecto³⁸.

25. En todo caso, los criterios para la validez de la reserva fijados en el artículo 19, en esas circunstancias, parecen ser «una simple afirmación doctrinal»³⁹. Dichos criterios sólo serán algo más que una simple afirmación doctrinal si el tribunal internacional es competente para evaluar la validez de la reserva. A este respecto, se hace referencia a los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Belilos*⁴⁰ (párrs. 50 a 60), el asunto *Weber* de 22 de mayo de 1990⁴¹ y al informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de marzo de 1991 sobre el asunto *Chrysostomos et al.*⁴².

Régimen de las objeciones a las reservas

26. La filosofía subyacente al régimen de objeciones a las reservas aprobado en 1969 y utilizado de nuevo en 1986 es evidente: permitir un máximo de flexibilidad; no obstante, el régimen dista mucho de estar bien definido y la práctica ha revelado sus serias ambigüedades.

27. La primera de estas ambigüedades se refiere al ámbito sustantivo de las objeciones. Como mínimo, una objeción provoca como consecuencia que «las disposiciones a que se refiere ésta no se aplicaran entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva»⁴³. Sin embargo, no siempre es fácil determinar «la medida determinada por la reserva» y han surgido problemas difíciles a este respecto (en especial por lo que hace a las objeciones a reservas formuladas por un Estado al artículo 66 de la Convención de Viena y los efectos de dichas reservas sobre la aplicabilidad de los artículos 53 y 64 entre los Estados interesados⁴⁴).

28. La interpretación de las Convenciones de 1969 y de 1986 entraña la misma dificultad por lo que se refiere a la admisibilidad y al ámbito de las objeciones a una reserva que no está prohibida en el tratado ni se opone a su objeto

²⁹ Véase nota 17 *supra*

³⁰ Véase nota 18 *supra*

³¹ *Cour européenne des droits de l'homme — Jugements et décisions, Serie A*, vol. 132, párrs. 40 a 49 (véase Gerard Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme [a propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988]», *RGDIP*, vol. 93, N.º 2, 1989, pag. 273)

³² CCPR/C/37/D/220/1987, anexo

³³ McRae, *loc cit* (véase nota 29 *supra*), pag. 160

³⁴ Reuter, *op cit* (véase nota 11 *supra*), pag. 63

³⁵ *Ibid*

³⁶ Véanse Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs. 109 a 120, y Jacques Dehaussy, «Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, pag. 305

³⁷ Véase Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), pag. 93

³⁸ Véase Zemanek, *loc cit* (nota 12 *supra*), págs. 329 a 333

³⁹ Véase en especial Ruda, *loc cit* (nota 10 *supra*) Véanse también Edwards, Jr, *loc cit* (nota 11 *supra*), pag. 390, Gaja, *loc cit* (nota 17 *supra*), págs. 313 a 320, Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs. 134 a 137, y Reuter, *op cit* (nota 11 *supra*), pag. 74

⁴⁰ Véase nota 31 *supra*

⁴¹ *Cour européenne des droits de l'homme — Jugements et décisions, Serie A*, vol. 177, párrs. 36 a 38

⁴² *Commission européenne des droits de l'homme, Décisions et Rapports*, marzo 1991, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, N.º 3, 1991, pag. 193

⁴³ Párrafo 3 del artículo 21 de la Convención de Viena de 1969

⁴⁴ Véase Charles de Visscher, «Une réserve de la République arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités», *Revue belge de droit international*, 1972, vol. VIII, pag. 416 Véanse también Edwards, Jr, *loc cit* (nota 11 *supra*), pag. 325, e Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs. 265 a 267

y fin. Las soluciones que ofrece la práctica son diversas, y la doctrina proporciona diversas respuestas⁴⁵.

29. No obstante, los Estados basan sus objeciones, por lo general, en la naturaleza inadmisibles de las reservas que objetan. Sin embargo, de nuevo aquí la práctica se muestra incongruente y existen opiniones divergentes. A juicio de algunos, las reservas prohibidas por el tratado anulan la ratificación y, por consiguiente, el Estado deja de ser parte en el tratado y la objeción solamente tiene una naturaleza de declaración⁴⁶. Empero, la doctrina predominante se opone a este punto de vista y considera que el párrafo 23 del artículo 21 de la Convención de Viena no establece una distinción entre reservas admisibles y no admisibles en el sentido de que, algo paradójicamente, «una simple objeción [...] tiene un valor comparable únicamente al de una declaración interpretativa»⁴⁷. El Tribunal de Arbitraje parece haber llegado a una decisión similar en el caso relativo a la delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Francia (caso *mer d'Iroise*⁴⁸, párr. 61 de la decisión).

c) *Lagunas en las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados*

Efectos de las reservas sobre la entrada en vigor de un tratado

30. Es esta una importante cuestión, ampliamente debatida, que ha sido fuente de serias dificultades para el depositario y a la que no se le ha dado cumplida respuesta en las convenciones pertinentes. La práctica seguida en esta esfera por el Secretario General en su calidad de depositario, que se enmendó en 1975⁴⁹, ha sido objeto de una crítica doctrinal más bien severa⁵⁰.

31. Además, en una opinión emitida en 1982, la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinó que un tratado entra en vigor con respecto a un Estado en la fecha de depósito del instrumento de ratificación o de adhesión, independientemente de que dicho Estado hubiere o no formulado una reserva⁵¹. Esta posición fue aceptada en

algunos círculos⁵² pero otros autores pusieron en duda que fuera compatible con los párrafos 4 y 5 del artículo 20 de la Convención de Viena⁵³. Existe también base para preguntar si la solución adoptada por la Corte refleja la naturaleza específica de la Convención Interamericana en vez de responder a consideraciones de tipo general (véanse párrafos 58 a 63 *infra*).

Problemas relacionados con el objeto específico de ciertos tratados

32. Debido a su carácter general, es comprensible que las principales convenciones de codificación descuiden los problemas especiales dimanantes del objeto y naturaleza específicos de algunas categorías de tratados. Sin embargo, esos problemas se plantean con mucha frecuencia en ciertas esferas, especialmente en relación con los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, por una parte, y los tratados relativos a los derechos humanos y de manera más general los tratados que establecen directamente derechos individuales, por la otra.

i) Reservas a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

33. Aunque las convenciones de 1969 y de 1986 no omiten totalmente pronunciarse sobre este punto, el párrafo 3 del artículo 20 dista mucho de resolver todos los problemas que surgen y que pueden surgir:

a) El concepto de un instrumento constitutivo no es un concepto inequívoco y cabe preguntar si la norma fijada por el párrafo 3 del artículo 20 se aplica a cualquier disposición normativa que dichos instrumentos puedan incluir;

b) ¿Incluye esta regla las declaraciones interpretativas? y, en caso afirmativo, ¿quién determina su naturaleza exacta? (Véanse párrafos 18 a 20 *supra*);

c) ¿Cuál es el órgano competente para aceptar reservas de este género?

d) ¿Cuál es el ámbito exacto de dicha aceptación? En particular, ¿quedan los demás Estados miembros vinculados por ella y, de este modo, se les cierra la posibilidad de poder formular objeciones a la reserva?⁵⁴.

ii) Reservas a los tratados de derechos humanos

34. Aunque sea en extremo flexible, el régimen general de reservas se basa en gran medida en la idea de la reciprocidad⁵⁵, un concepto difícil de trasladar a la esfera de los derechos humanos o a cualquier otra esfera⁵⁶. Como se supone que los derechos humanos se aplican sin discriminación a todos los seres humanos, los tratados concertados en esta esfera no se prestan a reservas ni objeciones y, en particular, el Estado autor de la objeción no

⁴⁵ Comparense, por ejemplo, Bowett, *loc cit* (nota 11 *supra*), págs 86 y 87, y Zemanek, *loc cit* (nota 12 *supra*), págs 333 a 336

⁴⁶ Véase Bowett, *loc cit* (nota 11 *supra*), págs 83 y 84

⁴⁷ Reuter, *op cit* (nota 11 *supra*), pag 75, en el mismo sentido, véanse Gaja, *loc cit* (nota 17 *supra*), pag 327, Koh, *loc cit* (ibid), págs 102 y 103, Nisot, *loc cit* (ibid), pag 203, Ruda, *loc cit* (nota 10 *supra*), págs 199 y 200, Sinclair, *op cit* (nota 11 *supra*), págs 76 y 77, y Zemanek, *loc cit* (nota 12 *supra*), págs 76 y 77

⁴⁸ Véase nota 17 *supra*

⁴⁹ Véase *Repertorio de la practica seguida por los organos de las Naciones Unidas, Suplemento N° 5*, vol V, que abarca el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1970 y el 31 de diciembre de 1978, artículo 102

⁵⁰ Véanse Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs 277 a 282, y «A l'occasion de l'entree en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traites—Reflexions sur la pratique suivie par le Secretaire general des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de depositaire», AFDI, 1980, vol XXVI, pag 524 Véase tambien Henry H Han, «The UN Secretary General's treaty depositary function Legal implications», *Brooklyn Journal of International Law*, 1988, vol 14, N° 3, pag 562

⁵¹ Opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallos y opiniones*, Serie A, N° 2; *International Law Reports*, 1984, vol 67, pag 559, e ILM, 1983, vol 22, N° 1, pag 37

⁵² Véase Rosenne, *Developments in the Law of Treaties, 1945-1986*, Cambridge University Press, 1989, págs 435 y 436

⁵³ Véase, en especial, Edwards, Jr, *loc cit* (nota 11 *supra*), pag 401, o Gaja, *loc cit* (nota 17 *supra*), págs 321 y 322

⁵⁴ Sobre todos estos puntos, véanse, en especial, Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs 120 a 134, y Maurice H Mendelson, «Reservations to the constitutions of international organizations», *BYBIL*, vol XLV, 1971, pag 137

⁵⁵ Véase *Certains emprunts norvegiens*, fallo, *C I J Recueil 1957*, pag 9

⁵⁶ Véase Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs 250 a 260

puede ser liberado de sus obligaciones con respecto a los ciudadanos del Estado que formula la reserva.

35. Los tratados de derechos humanos, más que cualquier otro tipo de tratados, incluyen mecanismos de vigilancia y se plantea la cuestión de si estos órganos son competentes para evaluar la validez de las reservas. La Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido su propia competencia en esta esfera, debido a las «obligaciones objetivas» dimanantes del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁵⁷.

36. Esto hace surgir un tercer problema, es decir ¿qué efecto surte una reserva que ha sido declarada inválida sobre la participación en un tratado del Estado que formula la reserva? En el asunto *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos opinó que el Estado autor de la reserva seguía siendo, sin lugar a dudas, parte en la Convención (párr. 60)⁵⁸.

37. El carácter específico de los problemas que plantean las reservas a los tratados relativos a los derechos humanos y cuestiones humanitarias también es evidente en las disposiciones de los tratados pertinentes, que a menudo han sido objeto de interpretaciones divergentes.

38. Existe una abundancia de literatura sobre este tema⁵⁹.

⁵⁷ Véase el informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Temeltasch* (nota 18 *supra*), párrs. 63 a 65 y, de manera más indirecta, los fallos anteriormente mencionados del Tribunal en el asunto *Belilos* (nota 31 *supra*), párr. 50, y el asunto *Weber* (nota 41 *supra*), párr. 37.

⁵⁸ Véase también el Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Chryssostomos* (nota 42 *supra*).

⁵⁹ Véanse, en especial, Angela Bonifazi, «La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo» en *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, pag. 301, Iain Cameron y Frank Horn, «Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* case», *German Yearbook of International Law* (Berlín), 1990, vol. 33, pag. 69, Antonio Cassese, «A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, pag. 266. Véase también Cassese, «Una nuova clausola sulle riserve», *Rivista di diritto internazionale*, 1967, vol. L, pag. 584, y «Su alcune "riserve" alla convenzione sui diritti politici della donna», *ibid.*, 1968, vol. LI, pag. 294, Cohen-Jonathan, *loc cit* (nota 31 *supra*), Alberto Colella, «Les reserves a la Convention de Geneve (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés», *AFDI*, 1989, vol. XXXV, pag. 446, Rebecca J. Cook, «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women», *Virginia Journal of International Law*, 1990, vol. 30, N.º 3, pag. 643, J. A. Frowein, «Reservations to the European Convention on Human Rights», *Protection des droits de l'homme — La dimension européenne, Melanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda*, Colonia, Carl Heyman Verlag KG, 1988, pag. 193, Imbert, «La question des reserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Francfort, 9-12 avril 1980*, Paris, Pedone, 1982, pag. 97, y «Les reserves a la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeltasch*)» (véase nota 18 *supra*), S. Marcus-Helmon, «L'article 64 de la Convention de Rome ou Les reserves a la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue de droit international et de droit compare*, 1968, vol. XLV, pag. 9, Claude Pilloud, «Les reserves aux Conventions de Geneve de 1949», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1957, N.º 464, pag. 409, *ibid.*, 1965, N.º 559, pag. 315, 1976, N.º 685, pag. 195 y N.º 687, pag. 131, e Isidoro Ruiz Moreno, «Reservations to treaties relating to human rights», *ILA, Report of the Fifty-fourth Conference, The Hague, 23-29 August 1970*, pag. 642 (debat, pag. 596 a 625, resolución, pag. XIV).

Reservas, tratados de codificación y normas consuetudinarias

39. Es curioso que las Convenciones de 1969 y 1986 no traten de la cuestión de las reservas a las convenciones de codificación ni, para ser más precisos, de las cláusulas.

40. Se pueden exponer argumentos contrarios sobre esta cuestión. Una reserva no puede definitivamente surtir efecto alguno para los Estados que no sean partes en el tratado de codificación con respecto al cual el Estado autor de la reserva está vinculado por la norma consuetudinaria. Esto se aplica, incluso con mayor razón, a los Estados signatarios del tratado y esta es, por lo general, la interpretación contenida en el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 20 de febrero de 1969 en el caso relativo al *Plateau continental de la mer du Nord*⁶⁰. Sin embargo, se ha hecho observar que esta norma, que constituiría un criterio adicional para la invalidez de ciertas reservas en virtud del artículo 19, es «discutible con respecto a la intención de las partes en la Convención»⁶¹ y crea una confusión lamentable entre *jus cogens* y *jus dispositivum*⁶².

Problemas de ciertos enfoques específicos de tratados

41. Debido a que tuvieron que limitarse a un plano muy general, los redactores de la Convención de Viena no pudieron tener en cuenta ciertos enfoques específicos de tratados, algunos de los cuales evolucionaron rápidamente a partir de 1969. Bastará con citar dos ejemplos.

i) Las reservas y los protocolos adicionales

42. Cuando un protocolo adicional complementa a una convención ya existente, uno de estos instrumentos puede contener una cláusula relativa a las reservas y el otro tal vez no la contenga, o puede que ambos contengan dichas cláusulas pero que sean incompatibles entre sí. La situación es relativamente rara pero no deja de presentarse⁶³. Además, al ratificar un protocolo (o al aceptar una cláusula facultativa), al Estado le puede tentar la posibilidad de formular retroactivamente una reserva al tratado básico⁶⁴.

ii) Las reservas y el enfoque de bilateralización

43. Este enfoque, que frecuentemente se adopta en convenciones sobre materias de derecho internacional

⁶⁰ Fallo, *C I J Recueil 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 38 y 39, párr. 63.

⁶¹ Reuter, *op cit* (nota 11 *supra*), pag. 82.

⁶² Sobre este difícil problema véase, en especial, Gerard Teboul, «Remarques sur les reserves aux conventions de codification», *RGDIP*, 1982, vol. 86, N.º 4, pag. 679.

⁶³ Véanse la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 (párr. 1 del artículo 42) y el Protocolo de 1967 (artículo VII), al igual que la Convención Unica sobre Estupefacientes de 1961 y el Protocolo de 1972, que plantean problemas en extremo difíciles [véase Imbert, *op cit* (nota 4 *supra*), págs. 213 y 214, o Colella, *loc cit* (nota 59 *supra*), págs. 451 y 452].

⁶⁴ Cohen-Jonathan, *loc cit* (véase nota 31 *supra*), págs. 311 a 313, Cohen-Jonathan y Jean-Paul Jacque, «Activites de la Commission européenne des droits de l'homme», *AFDI*, 1991, vol. XXXVII, pag. 562, o Claudio Zanghi, «La declaration de la Turquie relative a l'art 25 de la Convention européenne des droits de l'homme», *RGDIP*, 1989, vol. 93, N.º 1, pag. 69.

privado, permite a los Estados partes elegir a sus asociados e incluso establecer arreglos excepcionales con ellos. Aunque se ha utilizado con cierta cautela en el pasado (véase GATT, artículo XXXV, párrafo 1), este sistema se extendió rápidamente, sobre todo en el decenio de 1970. Compárense los artículos 21 y 23 de la Convención de La Haya sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales extranjeras en asuntos civiles y comerciales, y el artículo 34 de la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías. Este enfoque flexible surgió como «rival» al enfoque de las reservas, pero también planteaba problemas específicos en relación con las reservas *stricto sensu* que podían formularse respecto de estas convenciones⁶⁵.

Problemas no resueltos por la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 1978

44. El artículo 20 de la Convención de 1978 apenas trata, y mucho menos resuelve, los problemas potenciales relativos a las reservas en el caso de sucesión de Estados.

45. En primer lugar, debe señalarse que el artículo figura en la parte III de la Convención, que se refiere a los «Estados de reciente independencia». Por consiguiente, se aplica en el caso de la descolonización o disolución de Estados, mientras que la cuestión de las normas aplicables a la sucesión de un Estado respecto de una parte de un territorio, la unión de un Estado o la separación de un Estado se ignora por completo. Es cierto que, en primera instancia, «los tratados del Estado predecesor dejarán de estar en vigor respecto del territorio al que se refiere la sucesión de Estados desde la fecha de la sucesión de Estados» (párrafo *a* del artículo 15). También es cierto que la extensión de los tratados del Estado sucesor al territorio (párrafo *b* del artículo 15) parece implicar necesariamente la extensión automática de las reservas correspondientes. Los problemas con respecto a los «Estados de reciente independencia formados por dos o más territorios» no son menores; partiendo de esta premisa, los artículos 16 a 29 (y por lo tanto el artículo 20) se aplican indudablemente, en principio, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 30; pero cabe preguntarse qué sucede si el nuevo Estado no denuncia ninguna reserva incompatible en el momento en que se notifica la sucesión. El mismo problema se presenta en el caso de la unión de Estados, respecto de lo cual la Convención no contiene disposiciones aplicables relativas a las reservas.

46. En segundo lugar, mientras que el párrafo 1 del artículo 20 prevé la posible formulación de nuevas reservas por el nuevo Estado, y aunque el efecto del párrafo 3 es que un tercer Estado puede formular objeciones en tal caso, no se estipula si este último puede objetar a las reservas que se mantienen. No obstante, ello parece lógico si se reconoce que, al mantener una reserva anterior, el nuevo Estado está ejerciendo un derecho inherente y no actúa como si ejerciera los derechos del Estado predecesor⁶⁶.

⁶⁵ Para esta cuestión, véanse Imbert, *op. cit.* (nota 4 *supra*), págs. 199 a 201, y, en especial, Ferenc Majoros, «Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye», *Journal du droit international*, 1974, vol. 101, N.º 1, pág. 73.

⁶⁶ Véase Marco G. Marcoff, *Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux*, Éditions universitaires, Friburgo, 1969, págs. 345 y 346.

47. Por último, y ello constituye una seria laguna, en el artículo 20 no se hace referencia alguna a la sucesión en relación con las objeciones a las reservas, aunque las propuestas iniciales de Sir Humphrey Waldock se ocupaban de este punto, sin que estén claras las razones de esta omisión⁶⁷.

3. CONCLUSIONES

48. Los debates de la Sexta Comisión durante los periodos de sesiones cuadragésimo sexto y cuadragésimo séptimo de la Asamblea General aclaran los criterios que, a juicio de los Estados Miembros, deben guiar a la Comisión de Derecho Internacional en la elaboración de su programa de trabajo futuro. Cabe extraer cuatro criterios, a saber, el tema o temas que han de examinarse deben:

- a) Responder a una necesidad de la comunidad internacional;
- b) Tener posibilidades razonables de concluirse con éxito;
- c) En un período específico de unos pocos años;
- d) Entrar en el ámbito de competencia de la Comisión de Derecho Internacional y sus miembros⁶⁸.

a) *Responder a una necesidad de la comunidad internacional*

49. Sería claramente presuntuoso que la Comisión de Derecho Internacional afirmara que el tema debatido en este informe responde a una necesidad de la comunidad internacional sin obtener primero la opinión de la Sexta Comisión, especialmente si se tiene en cuenta que es un asunto poco pertinente que la iniciativa sea tomada no por la Comisión misma, sino por los representantes de los Estados Miembros en la Sexta Comisión (véanse párrs. 1 y 2 *supra*). Sin embargo, haciendo una lista de las ambigüedades y omisiones de los textos de codificación existentes (véanse párrs. 18 a 47 *supra*) apenas si cabe duda de que las normas formuladas hasta la fecha son incompletas. Además, su adopción ha dado lugar a algunos problemas (véanse párrs. 14 a 17 *supra*).

50. Indudablemente, como la doctrina ha subrayado⁶⁹, los Estados no han abusado de su derecho ampliamente reconocido de formular reservas, y los incidentes bastante numerosos que han surgido a ese respecto, por consiguiente, sólo rara vez han degenerado en verdaderas controversias. Sin embargo, sigue siendo cierta la existencia de una gran incertidumbre respecto del régimen jurídico que rige las reservas y existen motivos para creer que en un futuro próximo las dificultades irán en aumento (en especial en relación con las normas aplicables al caso de

⁶⁷ Véase Imbert, *op. cit.* (nota 4 *supra*), págs. 318 a 322.

⁶⁸ Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates realizados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.469, párrs. 398 a 402, y A/CN.4/446, párrs. 302 y 303).

⁶⁹ Véanse, específicamente, Colella, *loc. cit.* (nota 59 *supra*), pág. 475; e Imbert, *op. cit.* (nota 4 *supra*), págs. 324 a 339.

la sucesión de Estados, que están evidentemente incompletas (véanse párrs. 44 a 47 *supra*).

b) *Tener posibilidades razonables de concluirse con éxito*

51. Parecería que un ejercicio de codificación de ese género (véanse párrs. 67 a 69 *infra*) tendría posibilidades más que razonables de concluirse con éxito.

52. Es cierto que el tema, por muy técnico que parezca, nunca es políticamente neutral, y no cabe negar que las normas de codificación parcial aprobadas hasta la fecha en estas esferas se han inspirado en consideraciones eminentemente políticas.

53. Aunque el contexto político internacional ha experimentado cambios bastante profundos desde el decenio de 1960, probablemente no sea útil ni conveniente poner en tela de juicio los principios a la sazón establecidos (véanse párrs. 58 a 63 *infra*). Sin embargo, es razonable pensar que en el nuevo clima internacional será posible dotarlos de un mayor sentido y precisión, en un contexto más reposado que facilite la labor de codificación y desarrollo progresivo.

c) *En un periodo específico de unos pocos años*

54. Por las mismas razones, esta labor debe terminarse en un plazo concreto.

55. No parece poco realista creer que la Comisión podría aprobar un conjunto inicial de proyectos de artículos, o un primer borrador que sirviera de «guía» (véanse párrs. 67 a 69 *infra*), en un plazo de tres a cuatro años a partir de la inclusión del tema en su programa y el nombramiento de un Relator Especial:

a) Durante el primer año, el Relator Especial podría preparar un informe preliminar, con una lista de los problemas pendientes que fuera más amplia que la que figura en el presente informe y estableciendo su opinión general sobre la cuestión. Al mismo tiempo, podría encomendarse a la Secretaría la tarea de actualizar la información contenida en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en la primera parte de su 17.º período de sesiones⁷⁰;

b) El segundo y el tercer año podrían dedicarse a la presentación por el Relator Especial de uno o dos proyectos sobre codificación y desarrollo progresivo, y a su debate en la Comisión;

c) Si la Comisión decidiera remitirlos al Comité de Redacción, éste podría examinarlos posiblemente a partir del final de su período de sesiones correspondiente al segundo año, y en cualquier caso durante el tercer año, aunque ello pudiere entrañar que no se propondría un texto definitivo hasta el cuarto año;

d) La Comisión podría debatir y aprobar el proyecto en primera lectura durante el cuarto año y remitirlo a la Asamblea General.

d) *Entrar en el ámbito de competencia de la Comisión de Derecho Internacional*

56. Finalmente, apenas cabe duda de que el tema entra perfectamente en el ámbito de la competencia de la Comisión y de sus miembros.

57. La codificación del derecho de los tratados es probablemente la esfera de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en que se han conseguido más progresos. Las lagunas iniciales (tratados concertados por organizaciones internacionales, la cláusula de la nación más favorecida y la sucesión de Estados en materia de tratados) han sido colmadas en gran medida o lo están siendo como resultado de la codificación de las normas aplicables a la responsabilidad de los Estados (véanse el artículo 73 de la Convención de 1969 y el artículo 39 de la Convención de 1978). Al emprender la tarea de terminar la codificación y el desarrollo progresivo de las normas aplicables a las reservas, la Comisión daría cima a una tarea que ha cumplido satisfactoriamente. [Sin embargo, quedaría por tratar la cuestión de los efectos del inicio de hostilidades entre los Estados (*ibid.*).]

58. Sin embargo, ya existen normas codificadas sobre el tema de las reservas, aunque en un Estado fragmentario e inconcluso. Si la Comisión decide examinar a fondo el tema de las reservas, como parecería conveniente, debe tener en cuenta esta situación, que no es completamente nueva. En la sucesión de Estados en materia distinta de los tratados, la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, o los tratados concertados entre Estados y organizaciones internacionales, la Comisión no ha abierto nuevos horizontes con respecto a la codificación.

59. Sin embargo, la situación con la que nos enfrentamos es en cierto modo excepcional porque existen ya algunas disposiciones sobre el mismo tema que han de ser objeto de codificación.

60. En la medida en que la intención de la Comisión es, ante todo, eliminar las lagunas, no surgen problemas sustantivos: se trata de incorporar adiciones a los textos actuales y no de modificarlos. No obstante, es necesario examinar qué forma deben adoptar esas adiciones: protocolos adicionales a convenciones anteriormente aprobadas o un texto consolidado que incorpore las disposiciones existentes pertinentes y añada nuevas normas.

61. Las ambigüedades que existen en las normas anteriormente codificadas son numerosas y representan un grave problema en algunos casos. Representan más un desafío que una laguna, ya que podría resultar difícil aclarar las disposiciones de que se trata sin modificar su redacción. Sin embargo, el enfoque sugerido para eliminar las lagunas podía adoptarse para tratar de resolver las ambigüedades.

62. Lo anteriormente expuesto también es aplicable si la intención es modificar las disposiciones existentes. Sin embargo, no puede adoptarse una decisión para modificar una disposición actual basándose simplemente en motivos técnicos. Es cierto que cuando las normas aprobadas en 1969, 1974 y 1986 se llevaron a la práctica se pusieron de relieve algunos defectos, y probablemente sería dema-

⁷⁰ *Anuario* 1965, vol II, págs 165 y ss., documento A/6009, en especial cap II

siado precipitado mantener que todas se han reforzado de tal manera como para convertirse en normas indiscutibles de derecho consuetudinario. Sin embargo, por otra parte, su adopción proporciona un equilibrio entre posiciones (políticas) parcialmente en conflicto. Aunque cabría argüir que el mundo ha cambiado desde 1969 y, por consiguiente, el problema de las reservas no constituiría la «cuestión candente» de antes, poner en tela de juicio sin necesidad esta transacción podría reavivar antiguas rencillas. El autor del presente informe se mostraría muy renuente a adoptar una estrategia que considera especialmente «gratuita» ya que —cualesquiera que sean sus defectos (menores)— las normas codificadas pertinentes, cuando existen, son por lo general satisfactorias y proporcionan la flexibilidad necesaria, cumpliendo de este modo un objetivo que, por lo que cabe observar, apoyan todos los Estados.

63. Sin perjuicio de la respuesta de los miembros de la Sexta Comisión, parecería conveniente que la Comisión de Derecho Internacional, si decide incluir la cuestión de las reservas en su programa de trabajo, se limitara a la tarea de eliminar las lagunas y resolver las ambigüedades en las normas existentes, sin modificarlas, o al menos sin poner en tela de juicio los principios en que se basan.

64. El Grupo de Trabajo y el Grupo de Planificación han elegido «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados» como título del tema que ha de examinarse. Este título parece más bien académico y prejuzga los resultados de la labor de la Comisión sobre el tema. El resultado será necesariamente un «estudio» o un «informe» porque mientras «la ley» se presta a la codificación, no es ese el caso de las «prácticas», que puede revelar normas consuetudinarias o conducir al desarrollo progresivo de la ley, pero que en sí misma no es objeto de codificación.

65. Por otras razones, la propuesta formulada en la Sexta Comisión de estudiar «los efectos jurídicos que han de reconocerse a las reservas y objeciones o a las reservas a las convenciones multilaterales» no es enteramente satisfactoria. Aunque el efecto de las reservas y de las objeciones continúa siendo uno de los grandes enigmas en el régimen de las reservas, existen otras lagunas y ambigüedades en esta esfera, y sería lamentable no aprovechar esta oportunidad para tratar de corregir la situación. Además, la palabra «convenciones» no está en consonancia con los usos de la Comisión, y existe una cuestión, aunque de carácter secundario, respecto de si han de examinarse o no las reservas a los tratados bilaterales.

66. Por consiguiente, parece sensato optar por un título lo más neutral y amplio posible, al menos provisionalmente, para ajustarlo después si se juzgara conveniente limitar el ámbito del estudio. Un posible título podría ser: «Reservas a los tratados».

67. Como se indicó anteriormente (véanse párrs. 58 a 63), este proceso podría conducir a la adopción de proyectos de protocolo de las convenciones actuales, o de un proyecto de artículos consolidado, en que se combinaran las distintas disposiciones de las convenciones y las nuevas normas codificadas, con objeto de terminar y aclarar las disposiciones; correspondería entonces a la Asamblea General decidir la suerte del proyecto. Existe un argumento más bien firme a favor de una u otra de estas solu-

ciones: las normas relativas a los tratados en realidad existen, y parecería válido continuar la misma orientación y consolidar el régimen de reservas a los tratados.

68. No obstante, bien se considere este ejercicio como de codificación o como de desarrollo progresivo del derecho internacional —en realidad ambos elementos están presentes—, no existe disposición alguna en el Estatuto de la Comisión que le obligue a presentar los resultados de su trabajo en forma de proyecto de artículos⁷¹. También puede presentarse en forma de estudio detallado, o incluso en forma de comentario sobre las disposiciones existentes, que podría ser una clase de «Guía de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales» que tendría la autoridad de un documento oficialmente aprobado por la Comisión. Este método, que obviaría la necesidad de ir «zigzagueando» entre las disposiciones existentes y haría posible solucionar sin grandes controversias los problemas anteriormente mencionados (ibíd.), ofrecería además ventajas claras.

69. En cualquier caso, y contrariamente a lo que se pretende algunas veces, no parece ser absolutamente necesario llegar a una decisión final sobre este punto en la etapa actual; sería conveniente que la Comisión adoptara una decisión sobre la base de una exposición más completa de las cuestiones que podían ser objeto de un informe inicial del Relator Especial (véanse párrs. 54 y 55 *supra*) y un tema de debate en la Sexta Comisión.

70. Como recapitulación, el autor desearía puntualizar lo siguiente:

a) El tema «Reservas a los tratados» resulta especialmente adecuado para un estudio de la Comisión y responde cabalmente a los criterios que surgieron durante el debate en la Sexta Comisión con miras a identificar un tema para su inclusión en el programa de trabajo futuro de la Comisión;

b) No es preciso en la etapa actual decidir qué forma debe adoptar ese estudio: un proyecto de protocolo a las convenciones existentes, un proyecto consolidado de convención o una guía de referencia analítica a la ley y la práctica en materia de reservas para uso de los Estados y las organizaciones internacionales;

c) Sea cual fuere la forma que se elija, las normas codificadas en las Convenciones de 1969, 1978 y 1986 no deben ser puestas en tela de juicio ni modificadas, sino que deben ser consolidadas y dotadas de una mayor concreción.

71. Por consiguiente, un estudio, de una naturaleza todavía muy básica, de la cuestión de las reservas recogería plenamente la idea inicial del Grupo de Trabajo, que en su informe al Grupo de Planificación concluyó que este tema «podía resultar adecuado para una rápida incorporación al programa de la Comisión». Sin embargo, el autor se reserva su posición sobre la segunda propuesta del Grupo de Trabajo —que este tópico podría «ser objeto de un instrumento de codificación»— si se ha de interpretar como refiriéndose a un conjunto de proyecto de artículos orientado desde el principio hacia otra convención.

⁷¹ Acerca de este punto, al igual que sobre muchos otros, el Estatuto es bastante oscuro y contradictorio.

Aplicación extraterritorial de la legislación nacional, por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao

1. Se ha tratado de otorgar jurisdicción extraterritorial a la legislación nacional en diversos contextos. Por ejemplo:

a) Para ejercer jurisdicción sobre los nacionales dondequiera que se encuentren¹;

b) Para proteger a un Estado frente a la traición, el terrorismo, el tráfico de estupefacientes y otros delitos que afectan a su poder y seguridad²;

c) Para proteger y regular las actividades que afectan a su riqueza, recursos y otros intereses económicos³;

d) Para asegurar derechos de seres humanos⁴.

2. Se considera que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial es inevitable, e incluso conveniente, debido a:

a) La interdependencia de la comunidad internacional que requiere la extensión de la jurisdicción legislativa del

Estado más allá de sus fronteras para regular actividades transnacionales que tienen efectos profundos en el Estado o le causan particular preocupación⁵;

b) La conveniencia de evitar lugares de refugio para los delincuentes⁶;

c) La necesidad de regular y supervisar las actividades de entidades con agencias dispersas por distintas partes del mundo, aunque conectadas o vinculadas a una fuente común o sede o que se extiendan por diversas jurisdicciones sin que una sola de ellas ejerza el control efectivo de la empresa⁷;

d) Los imperativos de la cooperación internacional para dar plena efectividad a obligaciones bilaterales o multilaterales⁸.

3. Las tesis y antítesis de la aceptabilidad o razonabilidad del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial se centran en torno a:

a) La naturaleza de la jurisdicción: civil o criminal⁹, y

¹ Los países de derecho civil ejercen jurisdicción sobre sus nacionales por los delitos que cometan incluso en el extranjero. Véase *Public Prosecutor v Antoni*, *International Law Reports*, vol. 32, 1966, pag. 140, véase una mención de las disposiciones legislativas de algunos países como Francia y Alemania en Louis Henkin *et al.*, *International Law Cases and Materials*, St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1980, pag. 445.

Entre los países de «common law» a) sección 4 del Código Penal de la India véanse *Pheroze Jehangir v Roshanlal*, en *Bombay Law Reports*, vol. 66, 1964, pag. 225, *Central Bank of India Ltd v Ram Narain*, en *International Law Reports*, 1954, pag. 92, b) el derecho del Reino Unido también contempla tal jurisdicción en ciertos casos, como la traición, el homicidio, la bigamia, el perjurio y la violación de la ley de secretos oficiales.

Los Estados Unidos de América ejercen jurisdicción territorial en una amplia variedad de casos: traición, evasión de impuestos, tentativas no autorizadas de influir en gobiernos extranjeros, violación de leyes de los Estados Unidos sobre prácticas comerciales restrictivas, negativa a responder a citaciones para comparecer a juicio como testigo (*Blackmer v United States*), *United States Reports*, vol. 284, pag. 421, en cuanto a delitos cometidos fuera del mar territorial en alta mar (*Skiriotos v Florida*, *ibid.*, vol. 313, pag. 60, *United States v Bowman*, *ibid.*, vol. 260, pag. 94, y *Steele v Bulova Watch Co.*, *ibid.*, vol. 343, pag. 962, y otros casos), véase Henkin, *op. cit.*, págs. 445 a 447, véase también Georges René Delaume, «Jurisdiction over Crimes Committed Abroad: French and American Law», *George Washington Law Review*, vol. 21, 1952, pag. 173.

² Véase un breve debate de este aspecto en Geoff Gilbert, «Aspects of Extradition Law», *International Studies in Human Rights*, vol. 17, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, págs. 43 a 45. Véase también *Joyce v Director*, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1946, pag. 347. Véase también Lotika Sarkar, «The proper law of crime in international law», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, 1962, pag. 446.

³ Véase D. W. Bowett, «Jurisdiction: Changing patterns of authority over activities and resources», *BYBIL*, vol. LIII, 1982, pag. 1.

⁴ El principio de personalidad pasiva permite que un Estado asuma jurisdicción por delitos cometidos contra sus nacionales. A título de ejemplo, véase el asunto del «*Lotus*» (decisión de 7 de septiembre de 1927, fallo N.º 9, *C.P.J.I. serie A*, N.º 10), en el que Turquía asumió jurisdicción sobre un capitán francés, el asunto *Cutting* de 1886, en el que México asumió jurisdicción sobre un nacional de los Estados Unidos (J. Dumas, «La responsabilité des Etats a raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers», *Recueil des cours 1931-III*, Paris, Sirey, 1932, t. 36, págs. 189 y 190). Tanto Francia como los Estados Unidos tienen en la actualidad sus propias versiones de leyes y prácticas que asumen analogía jurisdiccional (para Francia, véase *Code de procédure pénale*, 1975, art. 689, secc. 1). En cuanto a la práctica de los Estados Unidos, véase un análisis del asunto *Fawaz Yunis*, nacional libanés, en Andreas F. Lowenfeld, «U.S. law enforcement abroad. The Constitution and international law», *AJIL*, vol. 83, N.º 4, 1989, pag. 880.

⁵ Ya en 1935, las investigaciones de Harvard en materia de derecho internacional, «Jurisdiction with respect to crime», *AJIL*, vol. 29, *Supplement*, N.º 3, Part II, 1935, pag. 435, reconocían que con la facilidad cada vez mayor de comunicaciones y transportes, las oportunidades de cometer crímenes cuyos elementos constitutivos ocurrían en más de un Estado habían aumentado simultáneamente, y para responder a estas condiciones se sugería que se ampliara el principio territorial incluyendo en él los principios de jurisdicción territorial subjetiva y objetiva.

⁶ Véase el asunto reciente del Consejo Privado del Reino Unido en *Liangsirprasert v United States*, *The Law Reports 1991, Appeal Cases*, pag. 225.

⁷ La bibliografía sobre problemas planteados por las empresas multinacionales o similares es muy amplia. Véase *Societes transnationales —Bibliographie selective* (ST/LIB/SER B/17) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta E/F 75 I 5) y la declaración de la OCDE de 1976 en *Investissement international et entreprises multinationales*, OCDE, 1986, en cuanto a los proyectos de código de conducta relativos a empresas transnacionales, véase E/C 10/1982/6, anexo IV. Véase Cynthia Day Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

Véase un debate de diversas cuestiones jurídicas pertinentes a la extraterritorialidad que afectan a la empresa matriz y sus sucursales en F. A. Mann, «The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years», *Recueil des cours 1984-III*, vol. 186, págs. 9 y ss., en especial págs. 56 a 66.

⁸ La presunción de jurisdicción extraterritorial es un rasgo esencial de las convenciones multilaterales y bilaterales modernas sobre extradición, prevención de secuestros y otros delitos de aviación civil y protección de personas diplomáticas. También se requiere que el Estado asuma jurisdicción extraterritorial en cumplimiento de sus obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, consideradas obligaciones *erga omnes*. El ejercicio de tal jurisdicción es válido y aceptado conforme a la Corte Internacional de Justicia en lo que respecta a delitos según leyes que prohíben la agresión, o el genocidio, o que prescriben principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana, inclusive la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. La Corte estimó también que algunos de los respectivos derechos de protección ya han pasado a formar parte del cuerpo del derecho internacional general, otros se confieren mediante instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal. Véase el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, fallo (C.I.J. *Recueil* 1970, pag. 32).

⁹ I. Brownlie no cree que exista ninguna distinción real entre jurisdicción civil y criminal en este aspecto, véase *Principles of Public International Law*, 4.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, cap. XIV, pag. 299. Sin embargo, véase R. Y. Jennings, «Extraterritorial jurisdiction and the United States Antitrust Laws», *BYBIL*, vol. XXXIII, 1957, pag. 146, en que el autor distingue los casos elementales de daño

b) El tipo de jurisdicción: legislativa, declaratoria o ejecutiva¹⁰.

4. Se han planteado cuestiones o argumentos en pro y en contra que invocan¹¹:

a) Los principios relativos a la jurisdicción;

b) La soberanía y la no interferencia,

c) Un vínculo auténtico o considerable entre el Estado y la actividad regulada;

d) La política pública y el interés nacional;

e) La falta de prohibiciones convenidas que restrinjan el derecho del Estado a extender su jurisdicción;

f) La reciprocidad, las represalias;

g) La promoción del respeto del derecho.

5. En el plano de la política a seguir se plantean varias cuestiones:

a) ¿Hasta dónde y dentro de qué límites debe ejercer un Estado su jurisdicción sobre un extranjero por conducta realizada fuera de su territorio cuando el extranjero está sujeto a la jurisdicción del Estado de la nacionalidad o a algún otro Estado con respecto a esa misma conducta¹²?

b) ¿Debe un Estado tener la misma autoridad y control sobre las actividades de un extranjero en zonas marinas más allá de su zona ribereña —mar territorial, zona contigua, zona económica, plataforma continental y alta mar— que tiene dentro de su territorio¹³?

físico directo, tal como el homicidio, de otros casos en que solo esta en juego un elemento de presunto daño remoto por vía de consecuencia (como, por ejemplo, en los asuntos antimonopolios) y asevera que, si bien en el primer supuesto es permisible el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción criminal, en el segundo supuesto la aplicación de la fórmula del «efecto» equivaldría, a su juicio, a «entrar en una pendiente resbaladiza», aprobando virtualmente la jurisdicción extraterritorial ilimitada del Estado. Véase también «Extraterritorial application of restrictive trade legislation. Jurisdiction and international law», en *Report of the Fifty-first Conference, Tokyo, 1964*, Londres, 1965, págs. 304 y ss.

¹⁰ Muchos autores estudian los problemas de extraterritorialidad tratando por separado los tres tipos distintos de jurisdicción. Véase Mann, *loc cit* (nota 7 *supra*), Brownlie no está de acuerdo con esta distinción [*op cit* (nota 9 *supra*), pag. 310].

¹¹ M. Stuyt, *The General Principles of Law as Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1946; Mann, «The doctrine of jurisdiction in international law», *Recueil des cours 1964-I*, vol. 111, pag. 1; M. Akehurst, «Jurisdiction in international law», *BYBIL*, 1972-1973, vol. XLVI, pag. 145; A. F. Lowenfeld, «Public law in the international arena. Conflict of laws, international law, and some suggestions for their interaction», *Recueil des cours 1979-II*, vol. 163, pag. 311; M. S. McDougal, «Jurisdiction», en R. B. Lillich y J. N. Moore, eds., *Readings in International Law from the Naval War College Review, 1947-1977, U.S. Naval War College International Law Studies*, Newport (R.I.), vol. 62, 1980, pag. 634; A. V. Lowe, «The problems of extraterritorial jurisdiction. Economic sovereignty and the search for a solution», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, part 4, 1985, pag. 724; y D. E. Rosenthal, «Jurisdictional conflicts between sovereign Nations», *The International Lawyer*, vol. 19, N.º 2, 1985, pag. 487.

¹² Véase un debate de las cuestiones pertinentes a este aspecto en P. M. Roth, «Reasonable extraterritoriality. Correcting the “balance of interest”», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, part 2, 1992, pag. 245.

¹³ Véase L. Oppenheim, *International Law. A Treatise*, 8.ª ed., Londres, Longmans Green 1955, vol. 1, seccs. 141, 202, 203, 205 y 287 y 298. Véase un estudio de las cuestiones de política de la jurisdicción sobre las zonas marinas en McDougal y Burke, *The Public Order of the Oceans. A Contemporary International Law of the Sea*, Londres, Yale University Press, 1986, y P. Sreenivasa Rao, *The Public Order of Ocean*

c) ¿Debe la naturaleza de la jurisdicción que ejerce un Estado sobre las zonas marítimas estar estrictamente limitada al tipo de autoridad de que disfruta sobre esas zonas o regiones en virtud del derecho internacional o puede considerarse razonable y, por tanto, permisible su ejercicio jurisdiccional en ausencia de cualquier pretensión contraria y contrapuesta¹⁴?

d) ¿Puede ejercer un Estado su autoridad y poder sobre los ríos, canales y otros recursos dentro de su jurisdicción territorial basándose en la soberanía de que disfruta sobre ellos, independientemente de los efectos adversos para otros Estados, en particular en el caso de ríos y canales cuyo curso se extienda a más de un Estado¹⁵?

e) A la inversa, ¿puede un Estado afectado, o que probablemente se verá afectado, de ese modo prescribir, mediante su legislación nacional, ciertas normas de conducta para otros Estados y sus nacionales y tratar de aplicarlas mediante sus órganos judiciales y ejecutivos¹⁶?

f) ¿Cuáles deben ser los límites al ejercicio de la jurisdicción basados en los principios de los «efectos», la «personalidad pasiva» o la «personalidad activa»¹⁷?

g) ¿Qué factores deben regir en el arreglo de conflictos de jurisdicción, por ejemplo, cuando un Estado prescribe una cierta conducta y otro la prohíbe¹⁸?

h) ¿Pueden prescribirse políticas uniformes para controlar los efectos extraterritoriales de la legislación nacional¹⁹?

i) ¿Cuál debe ser el papel adecuado del derecho internacional al tratar los conflictos de jurisdicción que versan esencialmente sobre derechos privados o personales de individuos y no sobre intereses públicos de un Estado? En otras palabras, ¿cuál es la relación apropiada entre los principios de derecho internacional público y privado, por

Resources. A Critique of the Contemporary Law of the Sea, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1975.

¹⁴ Véase, por ejemplo, N. M. Hunnings, «Pirate broadcasting in European waters», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, pag. 410, y P. Sreenivasa Rao, «The Seabed Arms Control Treaty. Study in the contemporary American uses of the sea», *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 4, 1972, pag. 67.

¹⁵ Véase la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre reglamentación del derecho relativo a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

¹⁶ Véase James L. Brinerly, *The Law of Nations*, 6.ª edición, rev. por H. Waldock, ed., Oxford, Clarendon Press, 1963.

¹⁷ «Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1987, vol. 10, págs. 155 y ss., en especial págs. 158 a 161.

¹⁸ Véase un interesante intercambio de opiniones entre el Magistrado Wilkey, que decidió el caso de *Laker Airways Limited v. Sabena, Belgian World Airlines* (*Federal Reporter, Second Series*, vol. 731, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, pag. 909), y los Sres. Lowenfeld y Henkens, todas ellas relacionadas con la redacción del artículo 403 del *Restatement of the Law (Second) The Foreign Relations Law of the United States*, que dispone que deben existir un cierto equilibrio entre los intereses nacionales y una cierta razonabilidad como prueba para que los tribunales de los Estados Unidos puedan asumir la jurisdicción cuando otro Estado también tenga jurisdicción sobre el asunto con el resultado de jurisdicción concurrente y/o conflictiva, en H. G. Maier, «Resolving extraterritorial conflicts or “There and back again”», *Virginia Journal of International Law*, vol. 25, N.º 1, 1984, pag. 7.

¹⁹ Mann, *loc cit* (nota 7 *supra*), págs. 26 a 31.

una parte, y derecho internacional e interno (o nacional), por la otra²⁰?

f) ¿Puede justificarse la «autoayuda» de un Estado, o de sus funcionarios o agentes cuando aplican la ley y procedimientos nacionales frente a la oposición, falta de cooperación o falta de respuesta expeditiva por parte de los Estados extranjeros, o para superar demoras inevitables o intrínsecas en el despacho de peticiones formuladas ante tales Estados por vía diplomática, administrativa o judicial²¹?

k) ¿De qué tipo de recursos se dispone o debería disponerse en caso de abuso del ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado²²?

6. Estas cuestiones o consideraciones de política son tema de la legislación nacional de varios Estados: Estados Unidos de América, Estados europeos, leyes penales de otros varios Estados y la Comunidad Europea, y de algunas convenciones multilaterales y declaraciones de las Naciones Unidas, así como de la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales²³.

7. La doctrina relativa a la aplicación extraterritorial de la legislación nacional no está bien asentada. No hay normas uniformes ni principios universalmente aceptados al respecto. Su interpretación y su aplicación quedan esencialmente en manos de los tribunales en casos individuales y varían según el tema o esfera de que se trate.

8. Sin embargo, el principio básico es que todas las legislaciones nacionales son *prima facie* de carácter territorial²⁴. Si bien la Corte Permanente reconoció este principio en el asunto del «*Lotus*», también sostuvo que varios Estados aprobaban que se concediera efecto extraterritorial a sus leyes nacionales, y que talcs políticas o prácticas no estaban prohibidas por el derecho internacional²⁵. Esa opinión de la Corte Permanente parece haber proporcionado la base para que, en el asunto *Alcoa*, el magistrado Learned Hand se pronunciara por la validez de la extensión de la ley Sherman de los Estados Unidos a las actividades de extranjeros fuera de los Estados Unidos siempre que tuvieran efectos o consecuencias dentro de los Estados Unidos²⁶.

²⁰ Véase Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, págs. 256 y 257, Brownlie (nota 9 *supra*), págs. 306 y 307, Mann, «The doctrine of jurisdiction in international law» (nota 11 *supra*), págs. 17 a 22, y «The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years» (nota 7 *supra*), págs. 31 y 32, H. G. Maier, «Extraterritorial jurisdiction at a crossroads: Intersection between public and private international law», AJIL, vol. 76, 1982, pag. 280

²¹ Véase el debate del Congreso de los Estados Unidos sobre este tema en A. F. Lowenfeld, «U S law enforcement abroad: The Constitution and international law, continued», AJIL, vol. 84, N.º 2, 1990, pag. 444

²² Véase la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados

²³ Véase una colección de materiales jurídicos en este aspecto en A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1983

²⁴ *American Banana Company v. United Fruit Company*, *United States Reports*, vol. 213, *Cases adjudged in the Supreme Court*, 1909, pag. 347

²⁵ Véase nota 4 *supra*

²⁶ Véase *United States of America v. Aluminum Company of America et al.* (*Federal Reporter, Second Series*, vol. 148, 1945, pag. 416), en que el Magistrado Learned Hand observó que es ley aceptada que cualquier

9. La prueba del efecto también sirvió de base para que los Estados Unidos y otros países ampliaran el alcance de sus leyes a actividades que afectan a sus intereses (incluidos los intereses de sus nacionales). Se sustenta esta posición basándose en el principio de la territorialidad objetiva que se considera una extensión del principio de territorialidad.

10. Aun cuando la aplicación del principio de territorialidad objetiva se considera en general aceptable²⁷, sobre todo en los casos en que está en juego alguna lesión o daño físico²⁸, hay desacuerdo acerca de las condiciones en que cabe considerar razonable la aplicación de la prueba de los efectos. Así, en varios campos —quiebra²⁹, legislación antimonopolio³⁰, navegación³¹, impuestos³², nacionalidad³³, descubri-

Estado puede imputar responsabilidad, incluso a personas no sujetas a su adhesión, por conducta que el Estado reprenda y que se realice fuera de sus fronteras pero con consecuencias dentro de estas

Véase también *Continental Ore Company v. Union Carbide and Carbon Corp. et al.* (*United States Reports*, 1962, vol. 370, pag. 690) y *United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Centre* (*Federal Supplement*, 1955, vol. 133, *United States District Court of New York*, pag. 40)

²⁷ Véase Mahomed K. Nawaz, «Criminal jurisdiction and international law», *The Indian Year Book of International Affairs* (Madras), 1952, pag. 210, en la que el autor estudia las aplicaciones extraterritoriales del código penal indio de 1860, que sigue vigente en gran medida hoy en día, y analiza los demás principios, incluido el principio de la territorialidad objetiva con referencia a asuntos indios [*Emperor v. Chotalal y Wheeler v. Emperor* (*ibid.*), pag. 214] Véase también *Moharik Ali Ahmed v. State of Bombay*, *All India Reporter*, 1957; *R. v. Baxtor*, *The All India Law Reports*, 1971, vol. 2, pag. 359; y *Secretary of State for Trade v. Markus*, *ibid.*, 1975, vol. 1, pag. 958 Véase también C. Blakesley, «United States jurisdiction over extraterritorial crime», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 4.ª parte, 1982, pag. 1109, y K. Dam, «Extraterritoriality, conflicts of jurisdiction», *American Society of International Law, Proceedings of the 77th Annual Meeting*, Washington (D. C.), 14-16 de abril de 1983, pag. 370

²⁸ Jennings, *loc. cit.* (véase nota 9 *supra*)

²⁹ Véase el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nota 8 *supra*)

³⁰ K. Messen, «Antitrust jurisdiction under customary international law», AJIL, vol. 78, N.º 4, 1984, pag. 783

³¹ Mann, «The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years» (véase nota 7 *supra*), págs. 21 a 94, *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Company*, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committees of the Privy Council and Peerage Cases*, 1892, pag. 25, sobre el derecho del Reino Unido en materia de conferencias de navegación. Sin embargo, los Estados Unidos no aceptaron esta posición en algunos casos, que llevaron en 1981 a que varias líneas de navegación resultaran fuertemente multadas, entre ellas una alemana e inglesa. Véase BYBIL, vol. L, 1979, pag. 352, y vol. LII, 1981, pag. 459 Véase asimismo, en este sentido, la nota dirigida por un grupo de 13 Estados a los Estados Unidos rechazando el derecho a imponer su legislación a hechos y actividades ocurridos, en todo o en gran parte, dentro de los territorios de otros Estados (BYBIL, vol. XLIX, 1978, pag. 386) Según Mann, las conferencias de navegación son un ejemplo sobresaliente del funcionamiento de la «doctrina de los efectos» (pag. 92)

³² Véase el artículo 7 de la Ley alemana, el artículo 482 del Código de Renta Internacional de los Estados Unidos y el artículo 80 de la Ley de Finanzas inglesa de 1984, que permiten, a reserva de varias condiciones, la asignación de los beneficios de sucursales a sus accionistas y la consiguiente gravación de estos con el impuesto. Véase también el artículo 38 de la Ley de Finanzas del Reino Unido de 1973, junto con el artículo 12 de la Ley del Impuesto a las Ganancias de Capital, en virtud del cual las ganancias de las compañías petrolíferas fuera del Reino Unido se tratan como ganancias transferidas al Reino Unido mediante una sucursal o agencia. Véase también F. K. Juenger, «Conflict of laws: A critique of interest analysis», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 32, N.º 1, 1984

³³ Véase el asunto *The Antelope* (*Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, vol. X, 1825, pag. 66), en el que el Presidente del Tribunal Supremo, Magistrado Marshall, estimó que una corte de los Estados Unidos carecía de jurisdicción sobre un buque extranjero acusado de dedicarse al proscrito

miento³⁴, reconocimiento de actos extranjeros³⁵— la aplicación de la prueba de los efectos o la afirmación de la jurisdicción por parte de un Estado basada en el interés nacional provocaba controversia. Los Estados Unidos, Alemania y la Comunidad Europea, entre otros, han apoyado la extensión de la jurisdicción basándose en el principio de los efectos en el campo antimonopolístico³⁶. Esta tesis tropezaba con la oposición del Reino Unido y de algunos otros países³⁷. El Japón se oponía a los intentos de los Estados Unidos por extender su legislación para regular conferencias de navegación cuyas actividades tenían lugar esencialmente fuera de los Estados Unidos³⁸. El Reino Unido y varios países también han adoptado legislaciones nacionales obstructivas, negando reconocimiento al derecho de los Estados Unidos³⁹. También adoptaron el «recurso de las tenazas» en virtud del cual se otorga a una cierta clase de demandados en procedimientos extranjeros el derecho a reclamar ante los tribunales del Reino Unido la parte del fallo extranjero que asigne daños triples o múltiples con respecto a la indemnización normal⁴⁰.

11. En vista de esta serie de conflictos, se habían realizado intentos de definir el ejercicio razonable de la jurisdicción extraterritorial por parte de los Estados. Se había sugerido que, para la afirmación de la jurisdicción extraterritorial, el efecto dentro del territorio tenía que ser considerable y el resultado de la actividad en el extranjero directo y previsible⁴¹. En otro asunto, se sugirió que debía

cómercio de esclavos, «por muy aborrecible que este tráfico pueda ser», rechazando así la aplicación extraterritorial de las leyes de los Estados Unidos a un buque extranjero y, por esa vía, a distintas nacionalidades. Sin embargo, véase *US v La Jeune Eugenie (Federal Cases, Circuit Court, District of Massachusetts, 1822, vol 26, pag 832)*, en que el Magistrado Story estimo que el comercio de esclavos violaba el derecho de las naciones y, por lo tanto, caía dentro de la jurisdicción de un tribunal americano. Véase también *Foley Bro., Inc v Filardo (United States Reports, vol 336, 1949, pag 281)*, en que el Tribunal mantuvo que la ley de la jornada de trabajo de ocho horas no era aplicable a un ciudadano americano que trabajaba en el extranjero según un contrato concertado entre el Gobierno de los Estados Unidos y un contratista privado. Véase un estudio de estos temas y otros aspectos en «Constructing the State extraterritorially. Jurisdictional discourse, the national interest, and transnational norms», *Harvard Law Review*, vol 103, N° 6, 1990, pags 1273 y ss, en especial pags 1288 y 1289.

³⁴ Roth, *loc cit* (véase nota 12 *supra*), pags 249 y 250. Véase también «Australia. Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act, 1976», en Lowe, *op cit* (nota 23 *supra*), pag 79.

³⁵ Oppenheim, *op cit* (véase nota 13 *supra*), cap IV, pag 371. Véase también *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino, Receiver (United States Reports, vol 376, 1964, pag 398)*.

³⁶ Roth, *loc cit* (véase nota 12 *supra*), pags 245 a 249 y 260 a 265.

³⁷ Brownlie, *op cit* (nota 9 *supra*), pags 311 a 314.

³⁸ Véase Lowe, *op cit* (nota 23 *supra*), pag 121.

³⁹ Véanse los documentos reproducidos en Lowe, *ibid*, 2ª parte, pags 79 y ss, y Bowett, *loc cit* (nota 3 *supra*), pags 22 a 24.

⁴⁰ Roth, *loc cit* (véase nota 12 *supra*), pag 252. Véase también *British Nylon Spinners, Ltd v Imperial Chemical Industries Limited (The All England Law Reports, vol 2, 1952, pag 780)*, asunto en que un tribunal del Reino Unido impidió que Imperial Chemical Industries se desprendiera de cualquiera de las patentes que había concertado otorgar a British Nylon Spinners en represalia por un decreto de un tribunal de los Estados Unidos en el caso *United States v ICI*. En el litigio sobre un contrato de uranio de la empresa Westinghouse Electric Corporation (vol 17, N° 1, 1978, pag 38) (2 de diciembre de 1977), la Cámara de los Lores se negó a cumplir con la rogatoria procedente de un tribunal de los Estados Unidos basándose en que los tribunales ingleses no tienen por que cooperar en investigaciones fundadas en la obligatoriedad extraterritorial de las leyes antimonopolísticas de los Estados Unidos.

⁴¹ *Restatement of the Law (Second) The Foreign Relations Law of the United States*, The American Law Institute, St Paul (Minn), 1987.

existir un vínculo considerable y auténtico o *bona fide* para que tal jurisdicción fuera razonable⁴². Además, los tribunales también intentaron equilibrar el interés nacional como guía para justificar la jurisdicción en este sentido⁴³. Una nueva declaración del American Law Institute indicaba una serie de factores para juzgar la razonabilidad del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en caso de réplicas que reclamaran la jurisdicción fundándose en el principio de la territorialidad o la nacionalidad⁴⁴. Otros varios factores, como los intereses nacionales vitales, consideraciones de política o relaciones exteriores, derecho internacional o *comitas gentium*, límites del poder judicial, reciprocidad, penalidades del individuo afectado, control ejercido por el órgano central con respecto a las sucursales, también se consideraron pertinentes para juzgar la razonabilidad del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial⁴⁵.

12. Los Estados también han concertado acuerdos formales o informales para coordinar sus políticas, promover su cooperación e institucionalizar las respuestas que rigen el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Pero la mayoría de estos esfuerzos tenían alcance limitado y otros seguían siendo en gran medida cuestión de persuasión⁴⁶.

13. En algunos casos los tribunales expresaron su incapacidad para tratar, evaluar y conciliar intereses nacionales en conflicto⁴⁷. Algunos Estados advirtieron que tales

⁴² Brownlie, *op cit* (nota 9 *supra*), pag 310.

⁴³ Véase un análisis crítico en K Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, Nueva York, McGraw-Hill, 1958, en el que se elabora el concepto de «norma de razón jurisdiccional», y Bowett, *loc cit* (nota 3 *supra*), pags 18 a 22.

⁴⁴ *Restatement of the Law (Third) The Foreign Relations Law of the United States*, vol 2, The American Law Institute, St Paul (Minn), 1987.

⁴⁵ *Mannington Mills Inc v Congoleum Corporation, Federal Reporter, Second Series*, vol 595, 1979, pag 1287, véase *Timberlane Lumber Co v Bank of America, ibid*, vol 549, 1977, pag 597. Sin embargo, en el litigio sobre el contrato de uranio de la empresa Westinghouse (véase nota 40 *supra*), el tribunal de los Estados Unidos se apartó de la consideración de la *comitas gentium* al sopesar el interés del Estado extranjero y reducir la investigación a tres factores: la complejidad de la acción, la gravedad de los cargos y la actitud recalcitrante del demandado extranjero. En cuanto a censuras de la Comunidad Europea al Gobierno de los Estados Unidos por quebrantamiento del derecho internacional y negativa a aplicar la prueba del equilibrio del interés en relación con el suministro de materiales para el gasoducto soviético, véase ILM, vol 21, N° 4, 1982, pag 891.

En virtud de la práctica de los Estados Unidos, además del derecho concedido a los Estados extranjeros a intervenir en casos que entrañen conflictos de interés nacional, mediante escritos de *amicus curiae*, también tienen el derecho de accionar en virtud de las leyes antimonopolio de los Estados Unidos. Véase *Pfizer Inc v Government of India et al*, ILM, vol 17, N° 1, 1978, pag 93.

Véase también el artículo 418 (2) del *Restatement of the Law (Second)*, que contempla la jurisdicción de los Estados Unidos para las sociedades organizadas en virtud de leyes de Estados extranjeros que sean sustancialmente de propiedad y control de nacionales de los Estados Unidos. Véase Mann (nota 7 *supra*), cap III.

⁴⁶ Véanse, en general, Mann, *ibid*, y Lowe, *op cit* (nota 23 *supra*). También cabe mencionar diversas convenciones o tratados internacionales sobre terrorismo y extradición, tráfico de estupefacientes y doble imposición fiscal.

⁴⁷ *Laker Airways Limited v Sabena, Belgian World Airlines* (véase nota 18 *supra*). Véase también *Argentine Republic v Amerasia Hess Shipping Corporation and Others (International Law Reports, vol 81, 1990, pag 658)* la compañía naviera se enfrentaba con el silencio del Congreso con respecto a la aplicación extraterritorial de las leyes. Los tribunales invocan la presunción contra la extraterritorialidad. Véase *Harvard Law Review* (nota 33 *supra*), pags 1279 y 1280, nota 43.

cuestiones no podían dejarse en manos de foros internos que, en última instancia, sólo podían guiarse por su derecho e intereses nacionales⁴⁸. En vista de ello, se estimaba que había razones poderosas para codificar y desarrollar el derecho internacional relativo al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por parte de los Estados⁴⁹.

14. Algunos acontecimientos recientes que entrañan el secuestro de personas de jurisdicción extranjera para someterlos a juicio ante tribunales de los Estados Unidos por crímenes relacionados con el terrorismo y el narcotráfico han puesto de relieve la urgencia de la cuestión de la jurisdicción extraterritorial⁵⁰. Esos secuestros ilegales y forzados habían sido condenados por varios Estados como violación de su soberanía y de las leyes nacionales y los derechos humanos. Varios países han pedido a la Asamblea General de las Naciones Unidas que presente estos asuntos de derecho a la Corte Internacional de Justicia para que emita una opinión consultiva⁵¹.

15. También han adquirido importancia las cuestiones relativas a la jurisdicción extraterritorial y requieren que se les dé una respuesta general y conceptual: a) en vista de las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre y en los cuerpos celestes, en diversas zonas marítimas y en la Antártida; b) dada su preocupación por el control del terrorismo, el narcotráfico, el movimiento transnacional de personas y el funcionamiento de empresas multinacionales; c) de las demandas de desarrollo que entrañan acciones sobre transferencia o venta de tecnología sin restringir los derechos de los Estados receptores a comerciar libremente en productos o servicios, así adquiridos, con terceros⁵²; d) así como la necesidad de los Estados de conseguir seguridad e independencia y disfrutar de su soberanía. También quizá haya que considerar los problemas

relativos a la jurisdicción extraterritorial en el contexto de la interdependencia mundial, los daños transnacionales y ambientales, el ordenamiento de los ríos internacionales, la preservación del medio ambiente y la diversidad biológica, la contención del aumento de la población y la eliminación de la pobreza. Los diversos principios de jurisdicción —el principio de universalidad, los principios de nacionalidad activa y pasiva y el principio de los efectos— tienen elementos de aplicación extraterritorial del derecho nacional. Todo ello requiere análisis y consolidación como excepción al principio básico de jurisdicción, o sea, el principio de territorialidad.

16. En vista de lo antedicho, parece bastante claro que sería importante y oportuno que la Comisión de Derecho Internacional estudiara el tema de la aplicación extraterritorial de las leyes nacionales. Existen un cuerpo amplio de práctica de los Estados, jurisprudencia, leyes nacionales y tratados internacionales, así como una gran variedad de propuestas y estudios críticos académicos. El estudio podría hacerse prescindiendo de tonos ideológicos y sería bien acogido por los Estados de cualquier convicción o credo. Para empezar, la Comisión no tiene por qué comprometerse a preparar una convención sobre el tema. Incluso una ley modelo o una compilación de los principios rectores podría contribuir al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho en esta importante esfera del derecho internacional. Tal estudio supondría complementar ulteriormente los esfuerzos de la Comisión en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho en otros ámbitos como los de la responsabilidad de los Estados, la responsabilidad por daños transnacionales, el proyecto de código de crímenes y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional.

17. Por último, el estudio del tema de la jurisdicción extraterritorial podría brindar la oportunidad de examinar la relación y los límites entre derecho internacional público y privado, por una parte, y derecho internacional y nacional, por otra⁵³.

⁴⁸ Véanse las opiniones del Reino Unido en la nota de 21 de junio de 1982, BYBIL, vol. LIII, 1982, pag. 433. Véase también *Satya v Teja Singh (All Indian Reports, 1975)*, en que la Corte Suprema de la India dice que todo asunto que se plantee ante un tribunal indio debe decidirse según el derecho indio. Cualquier reconocimiento prestado a una ley extranjera debido a la presencia en el asunto de ciertos elementos extranjeros queda condicionado, según el tribunal, a su conformidad con la política pública india. Refiriéndose a la posición del Departamento de Estado de los Estados Unidos instando a la moderación judicial de los tribunales de los Estados Unidos a la hora de afirmar la jurisdicción extraterritorial (véase *American Society of International Law, Proceedings of the 71st Annual Meeting*, San Francisco [Ca.], 21-23 de abril de 1977, págs. 214 y ss.), Bowett aduce que tal criterio no dará resultados satisfactorios ni será suficiente. Véanse las diversas razones aducidas en Bowett, *loc cit* (nota 3 *supra*), págs. 21 y 22.

⁴⁹ Véanse Mann, *loc cit* (nota 7 *supra*), y Roth, *loc cit* (nota 12 *supra*).

⁵⁰ Véase, en cuanto a los documentos y resoluciones judiciales en el asunto *Alvarez Machain* entre los Estados Unidos y México (*International Legal Materials*, Washington [D.C.], vol. 31, N.º 4, julio de 1992, págs. 900 y ss.), *Limits to National Jurisdiction*, 1992, sobre la ilegalidad de los secuestros, véase Lowenfeld, *loc cit* (nota 21 *supra*).

⁵¹ Véase la petición dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas por los representantes de varios países latinoamericanos, España y Portugal en los documentos A/47/249, Add.1 y Corr.1.

⁵² Véanse los problemas creados en relación con el embargo por los Estados Unidos al envío de bienes o tecnología a la Unión Soviética para su utilización en la construcción de un gasoducto entre la Unión Soviética y Europa, H. E. Moyer y L. A. Mabry, «Export controls as instruments of foreign policy», en *Law and Policy in International Busi-*

ness, vol. 15, N.º 1, 1983, pag. 1, véase también Mann, *loc cit* (nota 7 *supra*), págs. 60 a 63.

La posición de los Estados Unidos es inconsistente, incluso en los casos de embargo y boicot. Véase el fallo de 10 de enero de 1977 en el caso *United States of America v. Bechtel Corporation* (District Court for the Northern District of California Stipulation and Final Judgment, en ILM, vol. 16, N.º 1, 1977, pag. 95) prohibiendo a las partes la aplicación del boicot árabe contra Israel dentro de los Estados Unidos. Esto contrasta con los casos de aplicación de embargos comerciales por los Estados Unidos contra China, Cuba y el bloque soviético, afirmando el alcance extraterritorial de sus Reglamentos de control de activos extranjeros y de su Ley de control de la exportación de 1949. Véase P. H. Silverstone, «The Export Control Act of 1949: Extraterritorial enforcement», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 107, N.º 3, 1959, pag. 331, e «International boycotts and embargoes», *American Society of International Law* (nota 48 *supra*), págs. 170 a 182.

Sobre la iniquidad de la universalización de las sanciones que figuran en la ley Super 301 de los Estados Unidos y del sistema de represalias forzadas que se propone en el contexto de la Ronda Uruguay de Negociaciones, véase B. S. Chinn, «Political economy of the Uruguay Round of Negotiations: A perspective», *International Studies*, vol. 29, N.º 2, 1992, págs. 156 a 158.

⁵³ Véase Sir Anthony Mason, «The relationship between international law and national law, and its application in national courts», *Commonwealth Law Bulletin* (Londres), vol. 18, N.º 2, 1992, pag. 750.

El derecho de las aguas subterráneas internacionales (confinadas), por el Sr. Alberto Szekely

1. Del volumen fijo e invariable de agua de la Tierra, que asciende aproximadamente a 1.400 millones de kilómetros cúbicos, aproximadamente el 97,3% es agua salada de los océanos. Sólo el 2,7% restante es agua dulce. De toda el agua fresca disponible en el planeta, el 77,2% está en los casquetes polares y en los glaciares. El resto de las existencias de agua dulce del mundo está dividido entre aguas subterráneas (22,4%), lagos y ríos (0,36%) y agua en estado gaseoso, presente principalmente en la atmósfera (0,04%). Muchos de los acuíferos subterráneos del mundo son transfronterizos.

2. Casi el 47% de la superficie terrestre (con exclusión de la Antártida) está comprendido en aproximadamente 165 cuencas fluviales y lacustres transfronterizas. La cifra correspondiente a acuíferos subterráneos transfronterizos es aún más alta y llega casi al 60% en África y en América Latina.

3. Los grandes acuíferos transfronterizos de los continentes, por ejemplo el acuífero del noreste de África, situado bajo los territorios de la Jamahiriya Árabe Libia, Egipto, el Chad y el Sudán, el acuífero europeo, situado bajo los territorios de los Estados ribereños del Rin, y los acuíferos de la Península arábiga, que atraviesan las fronteras de la Arabia Saudita, Bahrein, Qatar, los Emiratos Árabes Unidos y Jordania, demuestran claramente que las aguas subterráneas, como las de superficie, desconocen a menudo las fronteras políticas y están contenidas en estructuras geológicas que atraviesan fronteras internacionales o que alimentan o son alimentadas por ríos y lagos internacionales.

4. La demanda alarmante de recursos de agua subterránea del mundo está aumentando constantemente, en buena medida como resultado de las altas tasas de crecimiento demográfico, del desarrollo industrial y agrícola y, especialmente en las zonas fronterizas, del aumento reciente del comercio y los intercambios económicos internacionales y de los asentamientos humanos y las concentraciones de población¹. En muchos lugares, la escasez o la mala calidad de las aguas de superficie han hecho que los usuarios incrementen el uso de aguas subterráneas, con el resultado frecuente de que se extraen volúmenes insostenibles de agua de los acuíferos, se deteriora la calidad del agua y llegan incluso a agotarse los pozos. Estas situaciones crean todas las condiciones necesarias para el desencadenamiento de posibles conflictos. Al igual que ocurre en el Oriente Medio, donde casi toda el agua corresponde a sistemas fluviales que ya se están usando (incluidos los ríos Nilo, Jordán y Tigris-Eufrates), se producirán en muchas otras zonas fronterizas del mundo, graves situaciones de escasez que, combinadas con el deterioro de la calidad del agua, llevarán a que aumente la presión de la demanda sobre los acuíferos conectados con esos ríos y sobre los acuíferos transfronterizos no relacionados básicamente con las aguas de

superficie. Esa situación se verá sin duda exacerbada por el impacto del calentamiento mundial.

5. Independientemente de todo lo que se ha dicho hasta aquí, la explotación de las aguas subterráneas y la preservación de su calidad ya se han convertido en la preocupación más acuciante de las comunidades fronterizas. Esto es especialmente cierto en las vastas regiones áridas del mundo, donde el abuso o la contaminación de los acuíferos transfronterizos están alcanzando proporciones de crisis. Muchos depósitos transfronterizos se están agotando rápida e incontrolablemente a causa de que las cantidades extraídas están por encima del nivel de recarga, y muchos otros han quedado inutilizados por la contaminación. A todas estas preocupaciones hay que añadir la destrucción a menudo irreversible de los acuíferos y la amenaza de una disminución grave de la recarga de los acuíferos causada por los usos impropios de la tierra, el problema de la contaminación a largo plazo resultante de la descarga directa e indirecta en las aguas subterráneas de desechos y sustancias sumamente tóxicos, y el impacto de las sequías y las inundaciones. Estas situaciones han ocasionado tradicionalmente desastres que afectan las aguas de superficie, o han dado lugar a catástrofes causadas por las aguas de superficie y las consecuencias de esos desastres suelen mitigarse recurriendo a los suministros vulnerables de aguas subterráneas, que se ven a su vez amenazados por la infiltración de aguas de inundación contaminadas.

6. Por ser el agua el recurso más crítico y vital para la supervivencia humana, los conflictos posibles o reales ocasionados por el acceso a ella o por el deseo de garantizar la preservación de su calidad no pueden sino menoscabar el desarrollo internacional armonioso y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. A esto se debe la necesidad de un régimen jurídico internacional en esta materia.

7. Varias entidades importantes de la comunidad internacional, gubernamentales y no gubernamentales, y varios órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas, conscientes de los peligros potenciales para la paz internacional y el bienestar del ser humano resultantes de las amenazas crecientes que se ciernen sobre las existencias de aguas subterráneas del mundo, ya se han pronunciado sobre la cuestión y han dado la voz de alarma. Cabe mencionar a este respecto la Conferencia Especializada Interamericana sobre Recursos Naturales Renovables, celebrada en Mar del Plata en 1965, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata en 1977², la Reunión Interregional de Organizaciones Internacionales de Cuencas Fluviales organizada por las Naciones Unidas en Dakar en 1981³ y la Reunión Interregional sobre el Aprovechamiento de Cuencas Fluviales y Lacustres, con Especial Atención a la región de

² Véase el documento E/CONF 70/CBP/1

³ Véase *Experiencias en el aprovechamiento y administración de cuencas fluviales y lacustres internacionales*, Actas de la Reunión Interregional de Organizaciones Internacionales de Cuencas Fluviales (Naciones Unidas), Dakar, 5 a 14 de mayo de 1981, Recursos naturales/Serie del agua, N° 10 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 82 II A 17)

¹ Véase la evaluación sobre las perspectivas demográficas mundiales realizada en 1968 en *Perspectivas de la población mundial evaluadas en 1968* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 72 XIII 4)

África, organizada por la CEA y celebrada en Addis Abeba en octubre de 1988⁴, que recomendó que los gobiernos reconocieran la interdependencia y la diversidad de los componentes del ciclo hidrológico, incluidas, entre otras cosas, las aguas subterráneas y la interfase del agua y la atmósfera.

8. En la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, celebrada en Dublín en enero de 1992⁵, se pusieron de relieve las graves amenazas y los posibles conflictos resultantes de la escasez y el abuso del agua potable y, reconociendo la gran importancia de estos recursos naturales para el futuro de la humanidad, se hizo un llamamiento en pro de la negociación de acuerdos y principios relativos al uso, la conservación y la protección de las cuencas de agua subterráneas transfronterizas⁶.

9. El Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo ha reconocido también la necesidad de que se preste especial atención a las actividades relacionadas con la gestión de esos recursos transfronterizos⁷.

10. El capítulo sobre el agua del Programa 21 indica una preocupación considerable por la cuestión de las aguas subterráneas, incluidos los acuíferos transfronterizos, y se hace en él un llamamiento a todos los países para que establezcan principios y arreglos institucionales para su uso y su protección adecuados⁸.

11. En el derecho internacional hay solamente normas generales aplicables, entre otras cosas (pero no específicamente), a los acuíferos transfronterizos. Por esa razón, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua se recomendó:

Que en ausencia de acuerdos bilaterales o multilaterales, los Estados Miembros siguieran aplicando los principios generalmente aceptados del derecho internacional en el uso, el aprovechamiento y la ordenación de los recursos de agua compartidos⁹

12. A medida que ha evolucionado el derecho internacional relativo al uso y la conservación de los recursos naturales nacionales, internacionales o transfronterizos en

general, y sobre los recursos de agua en particular, los principios y normas respectivos se han aplicado generalmente a los acuíferos transfronterizos porque son básicamente recursos de agua naturales divididos por fronteras nacionales.

13. Así pues, algunos instrumentos jurídicos internacionales multilaterales contienen ya en sus normas algunas referencias, disposiciones e incluso principios generales aplicables a las aguas subterráneas (aunque no necesaria y específicamente a las aguas subterráneas transfronterizas). Ocurre así en la Carta Europea del Agua¹⁰, y en la Convención africana sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, la Declaración de Principios relativos al uso racional del agua aprobada por la Comisión Económica para Europa (decisión C XXXIX)¹¹, y en algunas directrices del Consejo de la Comunidad Europea, así como en la Declaración de políticas sobre la prevención y el control de la contaminación del agua aprobada por la CEE en 1980. Un comité de la CEE aprobó en 1985 un conjunto de principios más directamente aplicables, en que se contemplaban asimismo la invasión de los acuíferos ribereños por aguas del mar, la recarga artificial, el almacenamiento de calor en los acuíferos, la eliminación de las aguas servidas, la contaminación debida a la minería y la agricultura y la contaminación radiactiva¹². La CEE aprobó en 1987 sus Principios relacionados con la cooperación en la esfera de los recursos hídricos transfronterizos, en los que se expresaba el convencimiento de que la prevención y el control de la contaminación transfronteriza de los acuíferos subterráneos, así como la prevención de las inundaciones, son tareas importantes y urgentes que sólo pueden realizarse eficazmente mediante la cooperación activa entre los países interesados¹³. Los Principios se ocupan con algún detalle de los términos relacionados, en especial, con los acuerdos, los objetivos y criterios relativos a la calidad del agua, los arreglos institucionales, las funciones de los órganos institucionales, la contaminación, la vigilancia y el procesamiento de datos y los sistemas de advertencia y alarma.

14. El proyecto legislativo oficial más avanzado que se aplicaría concretamente a las aguas subterráneas transfronterizas es sin duda el proyecto de artículos sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de la Comisión de Derecho Internacional¹⁴, del que quedará excluida una parte muy importante de los acuíferos transfronterizos del mundo, a saber las llamadas por el anterior Relator Especial «aguas subterráneas “confinadas”, esto es las que no guardan ninguna relación con aguas superficiales», es decir los acuíferos no conectados directamente o que «en virtud de su relación física, no constituyen un conjunto unitario»

⁴ *Aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres*, Deliberaciones de la Reunión Interregional sobre el Aprovechamiento de Cuencas Fluviales y Lacustres, con Especial Atención a la Región de África, Addis Abeba, 10 a 15 de octubre de 1988, Recursos naturales/Serie del agua, N° 20 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 90 II A 10)

⁵ Véase la Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible [Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente El desarrollo en la perspectiva del siglo XXI, Dublín, 26-31 de enero de 1992 (A/CONF 151/PC/112, anexo I)], así como el punto 7 del Programa de Acción aprobado por la Conferencia (ibid., anexo II, págs. 47 y ss.)

⁶ Véase los párrafos 4 12 y 4 13 y 7 6 del informe de la Conferencia (ibid., anexo II)

⁷ Véase el informe del Consejo de Administración en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 25 (A/44/25)*, en especial pag. 111, decisión 15/1)

⁸ A/CONF 151/26/Rev 1 (vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 93 I 8 y corrección), págs. 7 y ss., véanse, por ejemplo, los párrafos 18 25, apartado d, 18 37 y 18 39, apartado a (páginas 271 y 276)

⁹ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14-25 de marzo de 1977* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 77 II A 12), primera parte, cap. I, recomendación 93, párrafo b

¹⁰ Aprobada el 6 de mayo de 1968 por el Consejo de Europa

¹¹ Véase *Rapport annuel de la Commission économique pour l'Europe, 24 avril 1983-14 avril 1984, Documents Officiels du Conseil économique et social, 1984, Supplément N° 13*, vol. I (E/1984/23-E/ECE/1983), cap. IV

¹² WATER/GE I/R 66, anexo

¹³ Véase E/EC/(42)/L 19, resolución 1 (42) de 1987

¹⁴ Para el texto aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 71 a 75

con cursos de agua internacionales de superficie «que fluyen a un término común»¹⁵.

15. No hay casi precedentes en la jurisprudencia internacional en esta materia, aunque pueden encontrarse algunos casos más o menos relacionados, y otros más remotamente relacionados, como el del *Lago Lanos*¹⁶ o el laudo de 1927 del Tribunal Supremo del Reich en un caso relativo a aguas subterráneas transfronterizas que se infiltraban en el Danubio (*Wurtemberg y Prusia c. Baden*)¹⁷.

16. Esto no significa que no hay una práctica internacional sobre la cuestión. Por el contrario, es posible identificar un gran número de acuerdos bilaterales que en una u otra forma se ocupan de aguas subterráneas transfronterizas (y en algunos casos de acuíferos concretos)¹⁸.

¹⁵ Los términos citados entre comillas se han tomado directamente del texto del proyecto de artículos

¹⁶ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.º de venta 63 V.3), pag. 281

¹⁷ *Sireusache des Landes Wurttemberg un des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung* Staatsgerichtshof alemán, 18 de junio de 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin)*, vol. 116, apéndice, págs. 18 y ss

¹⁸ Véanse, en especial, el Tratado definitivo de límites entre Francia y España, de 27 de agosto de 1785, el Tratado sobre las fronteras entre los Países Bajos y Hannover, de 2 de julio de 1824, el Acta de límites entre Francia y el cantón de Neuchâtel, de 4 de noviembre de 1824, la Convención entre Italia y Suiza sobre el arreglo del conflicto de la frontera entre Lombardia y el cantón de Ticino, de 5 de octubre de 1861, el Tratado entre Austria y Baviera sobre el régimen de la frontera y otras relaciones entre Bohemia y Baviera, de 24 de junio de 1862, el Tratado de límites entre España y Portugal, de 29 de septiembre de 1864, el Acuerdo entre Gran Bretaña y Francia relativo a la Costa somali, de 2 y 9 de febrero de 1888, el Tratado entre Suiza y Austria-Hungría para la rectificación del Rin desde la desembocadura del Ill, aguas arriba, hasta la entrada del río en el lago Constanza, aguas abajo, de 30 de diciembre de 1892, el canje de notas entre Francia y el Reino Unido sobre la frontera entre la Costa de Oro y el Sudan francés, de 8 de abril de 1904, el Acuerdo relativo a la delimitación de la frontera entre Persia y Turquía, de 21 de diciembre de 1913, las Disposiciones relativas a la frontera común de Bélgica y Alemania, de 6 de noviembre de 1922, el Protocolo entre Francia y Gran Bretaña que define la frontera entre el África ecuatorial francesa y el Sudan angloegipcio, de 21 de enero de 1924, el Acuerdo entre Egipto e Italia relativo a las fronteras entre Cirenaica y Egipto (sobre el pozo de Ramla), de 6 de diciembre de 1925, el canje de notas entre los Gobiernos británico e italiano para regular el aprovechamiento de las aguas del río Gäch, de 12 y 15 de junio de 1925, el Tratado entre Francia y Alemania relativo a la delimitación de la frontera, de 14 de agosto de 1925, la Convención entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Persia relativa a la utilización común de las aguas y ríos limítrofes, de 20 de febrero de 1926, el Acuerdo entre Bélgica y Alemania relativo a la frontera común, de 7 de noviembre de 1929, el Tratado de paz, amistad y arbitraje entre la República Dominicana y Haití, de 20 de febrero de 1929, el Acuerdo entre Persia y Turquía relativo a la línea fronteriza, de 23 de enero de 1932, el Acuerdo entre Bélgica y el Reino Unido sobre el uso de las aguas en la frontera entre Tanganyika y Ruanda-Urundi, de 22 de noviembre de 1934, el Acuerdo entre Austria y el Estado de Baviera sobre la desviación de las aguas del Rissbach, del Durrach y del Walchen, de 16 de octubre de 1950, el Convenio entre Luxemburgo y el Estado de Renania-Palatinado de la República Federal de Alemania relativo a la construcción de una central hidroeléctrica en el Sauer, de 25 de abril de 1950, el Protocolo de 1953 entre Albania y Yugoslavia que reglamenta el uso de las aguas en su frontera común, el Acuerdo entre la República Siria y el Reino Hachemita de Jordania sobre el aprovechamiento de las aguas del Yarmuk, de 4 de junio de 1953, el Acuerdo entre la República Popular Federativa de Yugoslavia y la República Popular de Albania sobre el régimen de aguas, de 5 de diciembre de 1955, el Convenio entre la República Federal de Alemania y Francia sobre el aprovechamiento del curso superior del Rin entre Basilea y Estrasburgo, de 27 de octubre de 1956, el Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular Federativa de Yugoslavia y el Gobierno de la República Popular Hungría relativo a cuestiones de hidroeconomía, de 8 de agosto de 1955, el Acuerdo entre el Gobierno de la República italiana y el Gobierno de la República Popular Federativa de Yugoslavia relativo al abastecimiento

17. La doctrina en la materia se ha basado en una cantidad considerable de obras especializadas publicadas, y especialmente en dos trabajos académicos muy avanzados encaminados a codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional relativo a las aguas subterráneas transfronterizas.

18. Esos trabajos son, por una parte, las Normas de Seúl de 1986 sobre aguas subterráneas internacionales¹⁹, de la Asociación de Derecho Internacional (que se basaban en las Normas de Helsinki de 1966 sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales²⁰) y, por otra parte, el Proyecto de Tratado de Bellagio de 1987, mucho más avanzado y completo, sobre aguas subterráneas y transfronterizas²¹, elaborado por un equipo de expertos jurídicos en aguas internacionales y medio ambiente del Centro sobre Recursos Transfronterizos Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nuevo México. Este proyecto se desarrolló a su vez como revisión del «Proyecto de Ixtapa» publicado en 1985²².

19. El Proyecto de tratado de Ixtapa y su revisión contenida en el Proyecto de tratado de Bellagio ya han sido examinados a fondo, y suelen citarse con frecuencia creciente en las obras especializadas y en la labor, las reuniones y

de agua al municipio de Gorizia, de 18 de julio de 1957, las actas de la reunión de las delegaciones de la República Popular Federativa de Yugoslavia y del Reino de Grecia que se efectuó el 26 de agosto y el 1.º de septiembre de 1957 a fin de establecer la forma y el plan de colaboración para los estudios hidroecológicos de la cuenca de desague del lago de Dojran, de 1.º de septiembre de 1957, el Convenio entre el Gran Ducado de Luxemburgo y el Estado de Renania-Palatinado de la República Federal de Alemania relativo a la construcción de instalaciones hidroeléctricas en el Our, de 10 de julio de 1958, el Acuerdo sobre el régimen de aguas entre el Gobierno de la República Popular Federativa de Yugoslavia y el Gobierno de la República Popular de Bulgaria, de 4 de abril de 1958, el Acuerdo entre Checoslovaquia y Polonia relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en aguas fronterizas, de 21 de marzo de 1958, la Convención de 16 de noviembre de 1962 entre Francia y Suiza relativa a la protección de las aguas del lago Lemán contra la contaminación, el Acuerdo entre Polonia y la Unión Soviética relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en las aguas fronterizas, de 17 de julio de 1964, la Convención entre Francia y la República Federal de Alemania sobre el desarrollo del Rin entre Estrasburgo/Kehl y Lauterbourg/Neuburgweiler, de 4 de julio de 1969, el Acuerdo de los ríos fronterizos entre Finlandia y Suecia, de 15 de diciembre de 1971, el Acuerdo de 1973 (Acta N.º 242) de la Comisión Internacional de Límites y Aguas entre México y Estados Unidos relativo a los problemas de salinidad del río Colorado, el Acuerdo de 1974 entre la República Democrática Alemana y Checoslovaquia, el Acuerdo de 5 de mayo de 1977 entre Francia y Suiza sobre la intervención de los organismos encargados de luchar contra la contaminación accidental de las aguas por los hidrocarburos u otras sustancias que puedan alterar las aguas y reconocidos como tales en el marco de la Convención franco-suiza de 16 de noviembre de 1962 relativa a la protección de las aguas del lago Lemán contra la contaminación, el Convenio de 1978 entre el Canadá y los Estados Unidos de América respecto de la calidad del agua de los Grandes Lagos, de 22 de noviembre de 1978, y el Acuerdo entre Austria y Checoslovaquia a fin de solucionar algunas cuestiones de interés común en materia de centrales nucleares, de 18 de noviembre de 1982

¹⁹ ILA, *Report of the Sixty-Second Conference, Seoul, 1986*, Londres, 1987, págs. 238 y ss

²⁰ Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966, véase ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, págs. 484 y ss, reproducido parcialmente en *Anuario 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 389 y ss, documento A/CN.4/274, párr. 405

²¹ R. D. Hayton y A. E. Utton, «Transboundary Groundwaters: The Bellagio Draft Treaty», *Natural Resources Journal* (Albuquerque [N.M.]), vol. 29, N.º 3, 1989, pag. 663

²² A. B. Rodgers y A. E. Utton, «The Ixtapa Draft Agreement relating to the use of transboundary groundwaters», *Natural Resources Journal* (Albuquerque [N.M.]), vol. 25, N.º 3, 1985, pag. 713

los informes de órganos internacionales. Cabe mencionar a este respecto varios períodos de sesiones de la Asociación de Derecho Internacional y una reunión especial del Sexto Congreso de la Asociación de Recursos de Agua Internacionales celebrada en Ottawa en mayo de 1988, así como el Coloquio de Doman sobre el derecho de los cursos de agua internacionales realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado en Boulder en octubre de 1991, y la Conferencia Trinacional y el Seminario Internacional sobre la experiencia norteamericana en la ordenación de sistemas fluviales internacionales, celebrados respectivamente en la Isla de Gasparilla en abril de 1991 y en Bellagio en diciembre de 1992.

20. Debido a su enfoque detallado y su precisión, el Proyecto de Bellagio ahorraría un tiempo y un esfuerzo considerables a la Comisión de Derecho Internacional. Utilizando como base este Proyecto, que tiene ya un amplio prestigio internacional, la Comisión podría iniciar la redacción de su propio proyecto de normas, y posteriormente, de su proyecto de convención.

21. El Proyecto de Bellagio sería útil sobre todo porque en él ya se identifican las cuestiones que abarca el derecho internacional de los recursos de agua transfronterizos y se proponen disposiciones concretas y avanzadas para cada una de las cuestiones, junto con comentarios sustantivos bien fundados. El proyecto contiene una buena cantidad de definiciones importantes y de disposiciones encaminadas a satisfacer los objetivos generales del proyecto de artículos, a crear un mecanismo institucional, a prever su cumplimiento y las responsabilidades de supervisión, a establecer y mantener una base de datos, a proteger la calidad del agua, a crear zonas de conservación de las aguas subterráneas transfronterizas, a establecer principios y criterios para la adopción de planes de gestión amplios, a hacer frente a las emergencias de salud pública, a prever el agotamiento planificado de un acuífero, a realizar transferencias transfronterizas, a planificar medidas para casos de sequía, a realizar investigaciones en bien del interés público, a tener en cuenta el régimen de derechos y obligaciones existentes, a salvar las diferencias y a solucionar las controversias.

Bienes comunes de la humanidad, por el Sr. Christian Tomuschat

1. Uno de los temas considerados para su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión es el de los «Bienes comunes de la humanidad». El objetivo del presente análisis es tratar de determinar si el tema es adecuado para su estudio y para su posible codificación y desarrollo jurídico posterior.

1. EL CONCEPTO DE LOS BIENES COMUNES DE LA HUMANIDAD

2. La expresión «bienes comunes de la humanidad» se ha utilizado ampliamente en los últimos años. Pese a su aparición frecuente, incluso en documentos jurídicos, su alcance y su significado no son enteramente claros. No existe una definición jurídica establecida. Hay, a nuestro entender, dos categorías de elementos que suelen considerarse cuando se hace referencia a los bienes comunes de la humanidad.

3. Por una parte, se trata de las zonas o espacios no sujetos a jurisdicción nacional. En este sentido, los bienes comunes de la humanidad incluyen los territorios que no pertenecen a ningún Estado, entre los que cabe citar, en primer lugar, la Antártida, la alta mar y los espacios por encima y por debajo del nivel del mar fuera de las zonas bajo jurisdicción nacional, incluidos los fondos marinos y su subsuelo, y el espacio ultraterrestre, incluidos la Luna, los demás planetas y las estrellas, en la medida en que no están en forma alguna sujetos a la dominación del ser humano.

4. Por otra parte, puede considerarse también que los bienes comunes de la humanidad incluyen los recursos ambientales que no pueden ser controlados totalmente por el hombre, a saber, el aire y el agua, así como el clima

mundial resultante de la interacción del aire, el agua y las condiciones topográficas con el Sol. En un sentido aún más amplio, los bienes comunes de la humanidad incluirían la fauna y la flora terrestres, dondequiera que estén situadas.

5. Parece evidente a primera vista que no es fácil agrupar todos estos elementos dispares. Por otra parte, es de conocimiento público que algunos de ellos, por lo menos, ya están reglamentados en instrumentos internacionales. Así pues, el primer paso debe consistir en determinar si los diferentes elementos constitutivos de los bienes comunes de la humanidad están sujetos a reglas concretas con arreglo a tratados en vigor o que están por entrar en vigor, y en caso afirmativo, en qué medida. Dejaremos de lado por el momento las normas generales del derecho consuetudinario que han evolucionado en los últimos decenios, ya que las normas consuetudinarias tienen siempre un cierto grado de fluidez. En consecuencia, la existencia de un derecho consuetudinario no sería un obstáculo para renovar los esfuerzos de codificación y desarrollo progresivo.

2. TRATADOS APLICABLES A LOS BIENES COMUNES DE LA HUMANIDAD

a) Zonas o espacios que constituyen bienes comunes de la humanidad

6. En lo que concierne a los océanos terrestres, es bien sabido que su régimen ha quedado reglamentado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar va mucho más allá de las normas rudimentarias contenidas en la Convención de Ginebra sobre

la Alta Mar, y se dedica en ella todo un capítulo (Parte XII) al medio marino. Su postura básica está consagrada en el artículo 192, según el cual «los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino». En las disposiciones siguientes se aclara más esa norma.

7. En lo que respecta a «la Zona», es decir, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (párrafo 1.1 del artículo 1), se prevén en la Convención (artículo 145) varias medidas concretas que deberá adoptar la Autoridad de los Fondos Marinos. Sería ciertamente difícil mejorar este régimen en un instrumento general que abarcara los bienes comunes de la humanidad en su totalidad. De todos modos, ello entrañaría una enmienda de la Convención en una etapa en que ni siquiera ha entrado en vigor.

8. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no es el único instrumento que reglamenta las actividades relacionadas con los océanos del mundo. Se han formalizado bajo los auspicios de la OMI muchos tratados que abarcan temas tales como los derramamientos de petróleo y el vertimiento de desechos, incluidos los desechos nucleares. En el Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua se prohíben todos los ensayos nucleares debajo del agua. Aunque es posible que haya algunas lagunas, las principales amenazas ambientales están así sujetas a reglamentación jurídica.

9. Cabe mencionar también que existen varios tratados regionales cuyo objetivo principal es prevenir la contaminación de los mares desde fuentes terrestres.

10. En lo que respecta a la Antártida, en 1991 se formalizó un Protocolo al Tratado Antártico sobre la Protección del Medio Ambiente. No sería sensato presentar propuestas tendientes a modificar el régimen previsto en ese Protocolo.

11. El espacio ultraterrestre se sometió a reglamentación jurídica en 1967 mediante el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, inclusive la Luna y otros cuerpos celestes. El Tratado no se ocupa directamente de cuestiones relacionadas con el medio ambiente, aunque podría pensarse que las prohibiciones contenidas en el párrafo 1 del artículo 4, que tienen básicamente por fin prohibir las armas nucleares y otras armas de destrucción en masa, tienen los mismos efectos beneficiosos para los bienes comunes de la humanidad. El Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes va un paso más allá al disponer en su artículo 7 que al explorar y utilizar la Luna, los Estados Partes deben adoptar medidas para impedir que se perturbe el equilibrio de su medio ambiente. Sin embargo, hasta el momento no han surgido problemas prácticos que requieran la adopción de medidas de protección adicionales.

b) Recursos ambientales

12. Es obviamente redundante declarar que es imposible mantener el aire dentro de las fronteras nacionales.

Según los conocimientos de que se dispone actualmente, el aire flota alrededor de la Tierra. En consecuencia, toda interferencia con la pureza original del aire tiene repercusiones en otros lugares. Sin embargo, las reglamentaciones internacionales sólo pueden llegar hasta un cierto punto en lo referente a establecer un régimen jurídico para cualquier actividad humana que afecte la calidad del aire, dado que no hay prácticamente actividad humana que no tenga en mayor o menor medida repercusiones sobre las condiciones atmosféricas. En consecuencia, se han seguido en la práctica criterios restrictivos. En primer lugar, las reglamentaciones internacionales se han concentrado en la contaminación del aire de carácter claramente perceptible a nivel internacional. En segundo lugar, los esfuerzos por reducir la contaminación del aire se han concentrado, como es natural, en los factores que exceden un cierto nivel de gravedad. El ejemplo más destacado de tratado encaminado a combatir la contaminación del aire es la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Ahora bien, este instrumento, con sus tres protocolos adicionales, sólo es aplicable a la región de Europa. Surgió de los trabajos preparatorios realizados en el seno de la CEE. Hasta el momento, ninguna otra región del mundo ha seguido sus pasos. No existe tampoco ningún instrumento obligatorio internacional de carácter mundial.

13. El agua tiene cualidades similares a las del aire. Se mueve constantemente mediante la evaporación y la lluvia. En consecuencia, es imposible mantener el agua confinada para siempre en una nación, excepto tal vez en lo que respecta a las reservas de aguas subterráneas que, si no se utilizan, pueden permanecer sin cambios durante siglos. Por otra parte, el agua es un recurso mucho más estable que el aire, dado que la evaporación y el correr de los ríos son procesos relativamente lentos que el hombre puede en alguna medida controlar. Por estas razones, las reglamentaciones jurídicas no se han ocupado nunca del agua como tal, sino que se ha procurado en cambio establecer en ellas normas para reglamentar el agua de los ríos, los lagos, los mares y los océanos. Como se ha demostrado en los debates de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, los Estados consideran las aguas de los ríos que corren a través de sus territorios como un recurso sujeto a la soberanía nacional, aunque reconocen que debe haber algunos compromisos internacionales que restrinjan su uso. En todo caso, el concepto de un recurso compartido—incluso entre los Estados ribereños de un sistema fluvial internacional—nunca ha sido aceptado por la Comisión.

14. Según las investigaciones científicas, la capa de ozono tiene una importancia particular, en la medida en que previene que la radiación ultravioleta perniciosa para la vida llegue a la superficie de la Tierra. A este respecto, la comunidad internacional ha adoptado medidas mediante la aprobación del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono que fue posteriormente complementado por el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. Tampoco aquí queda mucho por hacer. En todo caso, no cabría mejorar ese régimen en un instrumento general relativo a los bienes comunes de la humanidad en su totalidad.

15. Por último, cabe mencionar la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Como lo indica su título, la Convención se ocupa de manera concreta de todas las cuestiones relacionadas con el clima mundial. Aunque sólo se establece en ella un marco general, es preciso tener presente que cualquier instrumento destinado a reglamentar los bienes comunes de la humanidad en su totalidad debería limitarse a establecer principios bastante amplios. Por su propia naturaleza, no sería posible entrar en detalles.

16. En resumen, existe ya en el momento actual una amplia red de normas jurídicas que protegen los bienes comunes de la humanidad. Esas normas no son plenamente satisfactorias. No es difícil tampoco señalar a la atención las deficiencias y las lagunas que caracterizan el panorama global. Por otra, las posibilidades de lograr avances innovadores son, como es evidente, bastante limitadas. En las esferas importantes, donde pueden percibirse amenazas ambientales significativas, los instrumentos existentes contienen reglamentaciones más detalladas de lo que podría incluirse en un conjunto de principios o normas sobre los bienes comunes de la humanidad.

17. Podría abrirse un capítulo totalmente nuevo si se considerase que la fauna y la flora mundiales, cualquiera que sea su ubicación territorial, también deberían considerarse parte de los bienes comunes de la humanidad. Evidentemente, ese concepto estaría en contra de muchas opiniones tradicionales sobre la soberanía nacional. Sin embargo, existen a nivel regional varios tratados encaminados a proteger la fauna y la flora silvestres amenazadas de extinción. En la Conferencia de Río se aprobó también el Convenio sobre la diversidad biológica. Una vez más, parece haberse llegado a los límites de lo que resulta por el momento aceptable a nivel internacional.

3. PRINCIPALES DIFICULTADES QUE PLANTEA UN PROYECTO ENCAMINADO A PROTEGER LOS BIENES COMUNES DE LA HUMANIDAD

18. En las observaciones anteriores ya se han indicado algunas de las dificultades con que tropezaría un proyecto sobre los bienes comunes de la humanidad.

19. Todos los tratados en vigor son concretos. En ellos se establece o bien un régimen general para un elemento determinado de los bienes comunes de la humanidad (por ejemplo la Antártida, la alta mar, el espacio ultraterrestre) o se procura contrarrestar una amenaza ambiental concreta (por ejemplo la contaminación atmosférica). Resultó así posible adaptar el régimen en cuestión a las características específicas del tema y elaborar normas que deberían aplicarse directamente y no sería necesario detallar y concretar en distintas etapas legislativas. Si la Comisión se propusiera redactar normas para todos los bienes comunes de la humanidad, con sus características divergentes, esas normas deberían redactarse a un nivel tal de abstracción que sería casi imposible hacer progresos en comparación con la Declaración sobre el Medio

Humano¹ o la reciente Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo².

20. Si la orientación general consiste en establecer un régimen jurídico para los bienes comunes de la humanidad como un todo, se trataría en última instancia de exhortar a los Estados a que adoptaran medidas de precaución de modo que las actividades llevadas a cabo en sus territorios no perjudicaran los recursos que constituyen una condición para la existencia de la humanidad. Sin embargo, un régimen de ese tipo no podría distinguirse de un régimen encaminado a proteger la integridad territorial de los demás Estados. Esto es especialmente cierto en el caso de la contaminación atmosférica. La mayor parte de la contaminación que afecta negativamente los océanos proviene del aire. Para mantener intacto el medio marino, es preciso entonces reducir las fuentes de contaminación del aire basadas en la tierra, es decir, en los territorios bajo jurisdicción nacional. Sin embargo, las mismas fuentes de contaminación perjudican a los Estados vecinos. En consecuencia, lo que se necesita es un régimen para la contaminación atmosférica cuyos parámetros se determinen teniendo en cuenta, al mismo tiempo, el daño que puede causarse a los bienes comunes de la humanidad y el daño que puede causarse a otros Estados. Sería sumamente artificial, si no imposible, elaborar normas de prevención diferentes según la identidad de la posible víctima. La responsabilidad es una cuestión diferente. A este respecto, las normas clásicas no proporcionan respuestas, ya que se supone en ellas una relación bilateral entre un Estado autor y un Estado víctima.

21. Hay una última dificultad que se desprende del hecho de que la Comisión tiene en su programa el tema bien conocido relativo a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Con arreglo a las decisiones adoptadas en el 44.º período de sesiones³, la labor sobre este tema debe llevarse a cabo, en primer término, mediante el estudio de todos los aspectos pertinentes relacionados con la prevención. Como se señaló *supra*, la prevención es un concepto unitario, destinado a evitar que se produzcan efectos nocivos sin tener en cuenta el lugar. Al incluir en su programa como nuevo tema la cuestión de los bienes comunes de la humanidad, la Comisión duplicaría necesariamente la labor ya llevada a cabo con arreglo al tema de las consecuencias perjudiciales. Sería entonces preferible tener presente la necesidad de proteger los bienes comunes de la humanidad al redactar un código sobre los deberes de prevención. Cualquier otra decisión llevaría inevitablemente a debates interminables y estériles acerca de la delimitación de los dos temas.

¹ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S 73 II A 14 y corrección), primera parte, cap I

² Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/CONF 151/26/Rev 1 (vol I, vol I/Corr I, vol II, vol III y vol III/Corr 1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S 93 I 8 y corrección), vol I. Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución I, anexo I

³ Anuario 1992, vol II (segunda parte), párrs 343 a 349

4. CONCLUSIONES

22. No es recomendable incluir un tema sobre los «Bienes comunes de la humanidad» en el programa a largo plazo de la Comisión.
23. Las preocupaciones en que se ha basado la sugerencia de incluir ese tema en el programa de trabajo de la

Comisión pueden satisfacerse en buena medida mediante la elaboración de normas apropiadas de prevención dentro del marco del tema relativo a las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Sería ciertamente recomendable cambiar oportunamente el título de ese tema a fin de reflejar más claramente su nueva orientación.

Derechos y obligaciones de los Estados en lo que respecta a la protección del medio ambiente humano, por el Sr. Chusei Yamada

1. IDEAS GENERALES

1. En las conclusiones del Foro sobre el Derecho Internacional del Medio Ambiente, celebrado en abril de 1990 en Siena (Italia), se señalaba correctamente que, desde la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano¹, ha habido muchos acontecimientos importantes en el ámbito del derecho internacional del medio ambiente. Su situación actual se caracteriza por una abundancia de convenciones y otros instrumentos internacionales que abarcan varias esferas y forman una verdadera red de derechos y obligaciones de los Estados. Esto debe considerarse un logro importante del derecho internacional contemporáneo.

2. Sin embargo, la red de obligaciones contenidas en las convenciones internacionales tiene algunas lagunas. Algunas esferas, en particular las relacionadas con problemas mundiales, no están todavía plenamente cubiertas. La aplicación de las convenciones, tanto a nivel interno como internacional, no es siempre satisfactoria.

3. El enfoque sectorial adoptado en la finalización de las convenciones, dictado a menudo por la necesidad de responder a necesidades concretas, acarrea el riesgo de perder de vista la necesidad de un enfoque integrado de la prevención de la contaminación y el deterioro continuados del medio ambiente.

4. El derecho consuetudinario en la esfera de la protección del medio ambiente está en una etapa preliminar de desarrollo. El desarrollo de principios generales en forma de una convención con el fin de llenar las lagunas existentes en las convenciones y garantizar la protección de los bienes comunes de la humanidad sería, en consecuencia, una tarea difícil y compleja pero importante para la Comisión de Derecho Internacional.

5. Cabe recordar a este respecto que en el «Examen de conjunto del derecho internacional»², preparado por la secretaría para que la Comisión de Derecho Internacional seleccionara una lista de temas que habrían de incluirse en su programa de trabajo a largo plazo, se dedicaba un capi-

tulo al derecho relativo al medio ambiente a fin de señalar a la atención de la Comisión el desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera.

6. Se propone que el título del tema sea «Derechos y deberes de los Estados para la protección del medio ambiente» en lugar de «Medio ambiente humano». Cuando se propuso el título en el 44.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, el autor tuvo presente la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, pero si se limitara el alcance del tema al medio humano se limitarían demasiado la eficacia y la utilidad de los resultados a la luz de los desarrollos conceptuales recientes en la esfera del medio ambiente.

2. DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

7. Una breve exposición del desarrollo histórico del derecho internacional del medio ambiente puede proporcionar sugerencias útiles en cuanto a lo que habría que hacer en esta esfera.

8. Las características de los problemas tradicionales del medio ambiente, que han sido temas del derecho internacional desde el período entre las dos guerras mundiales, son que esos problemas surgían normalmente entre dos naciones vecinas, con lo que la identificación de los contaminantes y de las víctimas era relativamente fácil, y que la controversia bilateral entre los Estados afectados y los Estados que causaban el efecto era del tipo que podía resolverse mediante la aplicación del principio de la buena vecindad. Un ejemplo típico de este tipo de controversia fue el arbitraje del asunto *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*³, que se resolvió en 1941.

9. Las normas de derecho internacional de este tipo se basan en la premisa de la igualdad soberana de los Estados, y en que se espera que los Estados ejerzan la debida diligencia para supervisar las actividades económicas dentro de su territorio de modo que ellas no causen ningún daño a otros Estados; *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

10. La característica de este tipo de derecho internacional del medio ambiente es que está encaminado funda-

¹ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14 y corrección), primera parte, cap. I.

² Anuario... 1971, vol. II (segunda parte), pág. 1, documento A/CN.4/245.

³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.