INFORME DE LA COMISIÓN A LA ASAMBLEA GENERAL

DOCUMENTO A/10010/REV.1

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 27.º período de sesiones, 5 de mayo-25 de julio de 1975

ÍNDICE

		Página
Abreviaturas		53
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas		53
Capítulo	*Párrafos*	
I. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES	1-8	53
A. Composición de la Comisión y participación en el período de sesiones	2-3	54
B. Mesa	4	54
C. Comité de Redacción	5	54
D. Secretaría	6	54
E. Programa	7-8	54
II. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS	9-52	55
A. Introducción	9-51	55
1. Reseña histórica de los trabajos de la Comisión	9-30	55
2. Observaciones de carácter general sobre el presente proyecto de artículos	31-51	58
a) Forma del proyecto	31	58
b) Alcance del proyecto	32-37	58
i) Responsabilidad de los Estados	32	58
ii) Responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos	33-34	59
iii) Normas generales que rigen la responsabilidad	35-37	59
c) Estructura del proyecto	38-51	60
i) Plan general	38-44	60
1) Primera parte: origen de la responsabilidad internacional	42	60
2) Segunda parte: contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional	43	60
3) Posible tercera parte: solución de las controversias y modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional	44	61
ii) Estructura y contenido de la primera parte del proyecto (el origen de la responsabilidad internacional)	45-51	61
1) Principios generales (capítulo I)	46	62
2) El «hecho del Estado» según el derecho internacional (capítulo II)	47-48	62
3) La violación de una obligación internacional (capítulo III)	49	63
4) La participación de otros Estados en el hecho internacionalmente ilícito de un Estado (capítulo IV)	50	64
5) Las circunstancias que excluyen la ilicitud y las circunstancias atenuantes o agravantes (capítulo V)	51	64
B. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados	52	64
1. Texto de los artículos 1 a 15 aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.º, 26.º y 27.º		64
2. Texto de los artículos 10 a 15 y comentarios relativos a ellos aprobados por la Comisión en su 27.º período de sesiones		65

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
III.	SUCESIÓN DE ESTADOS EN LO QUE RESPECTA A MATERIAS DISTINTAS DE LOS TRATADOS	53-76	114
	A. Introducción	53-75	114
	1. Reseña histórica de los trabajos de la Comisión	53-66	114
	2. Observaciones de carácter general relativas al proyecto de artículos	67-75	116
	a) Forma del proyecto	67	116
	b) La expresión «materias distintas de los tratados»	68-70	117
	c) Estructura del proyecto de artículos	71-74	117
	d) Carácter provisional de las disposiciones aprobadas en los períodos de sesiones 25.° y 27.°	75	118
	B. Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados	76	118
	1. Texto de los artículos 1 a 9, 11 y X aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.° y 27.°		118
	2. Texto de los artículos 9, 11 y X y del apartado *e* del artículo 3 y comentario a los mismos aprobados por la Comisión en su 27.° período de sesiones		119
IV.	CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA	77-119	123
	A. Introducción	77-118	123
	1. Resumen de las deliberaciones de la Comisión	77-100	123
	2. Alcance del proyecto de artículos	101-104	126
	3. La cláusula de la nación más favorecida y la cláusula de trato nacional	105-108	126
	4. La cláusula de la nación más favorecida y el principio de la no discriminación	109-112	127
	5. La cláusula de la nación más favorecida y los diferentes niveles de desarrollo económico	113-115	127
	6. Carácter general del proyecto de artículos	116-118	128
	B. Proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida	119	129
	1. Texto de los artículos 1 a 21 aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.° y 27.°		129
	2. Textos de los artículos 8 a 21 y comentarios a los mismos aprobados por la Comisión en su 27.° período de sesiones		130
V.	CUESTIÓN DE LOS TRATADOS CELEBRADOS ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE DOS O MÁS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	120-137	180
	A. Introducción	120-136	180
	B. Proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales	137	183
	1. Textos de los artículos 1 a 4 y 6 a 18 aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 26.° y 27.°		183
	2. Texto de los artículos 7 a 18 y de los apartados *b*, *b bis*, *b ter*, *c*, *c bis* y *g* del párrafo 1 del artículo 2 y comentarios a los mismos aprobados por la Comisión en su 27.° período de sesiones		186
VI.	OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN	138-172	196
	A. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación	138	196
	B. Programa de trabajo y organización de los trabajos	139-147	196
	C. Colaboración con otros organismos	148-159	197
	1. Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano	148-151	197
	2. Comité Europeo de Cooperación Jurídica	152-155	197
	3. Comité Jurídico Interamericano	156-159	198
	D. Lugar y fecha del 28.° período de sesiones	160	199
	E. Representación en el trigésimo período de sesiones de la Asamblea General	161	199
	F. Conferencia en memoria de Gilberto Amado	162-166	199
	G. Seminario sobre derecho internacional	167-172	199

ABREVIATURAS

AELI	Asociación Europea de Libre Intercambio
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
Benelux	Unión Económica de Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos
CEE	Comunidad Económica Europea
CEPE	Comisión Económica para Europa
CIJ	Corte Internacional de Justicia
C.I.J. Mémoires	CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arréts, avis consultatifs et ordonnances*
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
C.P.J.I., serie A	CPJI, *Recueil des arréts*
C.P.J.I., serie A/B	CPJI, *Arréts, ordonnances et avis consultatifs*
C.P.J.I., serie B	CPJI, *Recueil des avis consultatifs*
C.P.J.I., serie C	CPJI, *Plaidoiries, exposés oraux et documents*
Euratom	Comunidad Europea de Energía Atómica
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OCMI	Organización Consultiva Marítima Intergubernamental
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONUC	Operación de las Naciones Unidas en el Congo
ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
OUA	Organización de la Unidad Africana
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNITAR	Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones
UPU	Unión Postal Universal

*
* *

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente documento figura un asterisco en el texto de una cita, se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco no está subrayado en el texto original.

Capítulo primero

ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

1. La Comisión de Derecho Internacional, creada en cumplimiento de la resolución 174 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947, y de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, anexo a dicha resolución y reformado posteriormente, celebró su 27.º período de sesiones en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, del 5 de mayo al 25 de julio de 1975. En el presente informe se expone la labor realizada por la Comisión durante ese período de sesiones. El capítulo II del informe, que trata de la responsabilidad de los Estados, contiene una descripción del trabajo realizado por la Comisión en esa materia, junto con el texto de los 15 proyectos de artículos provisionalmente aprobados hasta ahora, así como los comentarios sobre seis de ellos provisionalmente aprobados en el 27.º período de sesiones. El capítulo III, que se ocupa de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, contiene una descripción del trabajo realizado por la Comisión sobre este tema, junto con 11 proyectos de artículos aprobados provisionalmente hasta ahora, así como los comentarios sobre tres de esos artículos y un apartado adicional del artículo relativo a los términos empleados, aprobados provisionalmente en el 27.º período de sesiones. El capítulo IV, relativo a la cláusula de la nación más favorecida, contiene una descripción del trabajo de la Comisión sobre este tema,

junto con 21 proyectos de artículos provisionalmente aprobados hasta ahora, así como comentarios sobre 14 de esos artículos, aprobados provisionalmente en el 27.º período de sesiones. El capítulo V, relativo a la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, contiene una descripción del trabajo realizado por la Comisión sobre esta cuestión, junto con 17 proyectos de artículos aprobados provisionalmente hasta ahora, así como comentarios sobre 12 de esos artículos y seis apartados adicionales del artículo relativo a los términos empleados, aprobados provisionalmente en el 27.º período de sesiones. El capítulo VI trata del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de la organización y programa de trabajo de la Comisión y de diversas cuestiones administrativas y de otra índole.

A.—Composición de la Comisión y participación en el período de sesiones

2. La Comisión se compone de los siguiente miembros:

Sr. Roberto AGO (Italia);
Sr. Mohammed BEDJAOUI (Argelia);
Sr. Ali Suat BILGE (Turquía);
Sr. Juan José CALLE Y CALLE (Perú);
Sr. Jorge CASTAÑEDA (México);
Sr. Abdullah EL-ERIAN (Egipto);
Sr. Taslim O. ELIAS (Nigeria);
Sr. Edvard HAMBRO (Noruega);
Sr. Richard D. KEARNEY (Estados Unidos de América);
Sr. Alfredo MARTÍNEZ MORENO (El Salvador);
Sr. C. W. PINTO (Sri Lanka);
Sr. R. Q. QUENTIN-BAXTER (Nueva Zelandia);
Sr. Alfred RAMANGASOAVINA (Madagascar);
Sr. Paul REUTER (Francia);
Sr. Zenon ROSSIDES (Chipre);
Sr. Milan ŠAHOVIĆ (Yugoslavia);
Sr. José SETTE CÂMARA (Brasil);
Sr. Abdul Hakim TABIBI (Afganistán);
Sr. Arnold J. P. TAMMES (Países Bajos);
Sr. Doudou THIAM (Senegal);
Sr. Senjin TSURUOKA (Japón);
Sr. N. A. USHAKOV (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas);
Sr. Endre USTOR (Hungría);
Sir Francis VALLAT (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte);
Sr. Mustafá Kamil YASSEEN (Irak).

3. Todos los miembros estuvieron presentes en el 27.º período de sesiones de la Comisión. Algunos miembros, debido a sus obligaciones de carácter oficial, se vieron en la imposibilidad de asistir a cierto número de reuniones.

B.—Mesa

4. En su 1302.ª sesión, celebrada el 5 de mayo de 1975, la Comisión eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Abdul Hakim Tabibi;
Primer Vicepresidente: Sr. Mohammed Bedjaoui;
Segundo Vicepresidente: Sr. Milan Šahović;
Presidente del Comité de Redacción: Sr. R. Q. Quentin-Baxter;
Relator: Sr. Alfredo Martínez Moreno.

C.—Comité de Redacción

5. El 12 de mayo de 1975, en su 1307.ª sesión, la Comisión constituyó un Comité de Redacción compuesto de los siguientes miembros: Sr. Roberto Ago, Sr. Taslim O. Elias, Sr. C. W. Pinto, Sr. Alfred Ramangasoavina, Sr. Paul Reuter, Sr. Milan Šahović, Sr. Arnold J. P. Tammes, Sr. Senijn Tsuruoka, Sr. N. A. Ushakov y Sir Francis Vallat. El Sr. R. Q. Quentin-Baxter fue elegido por la Comisión Presidente del Comité de Redacción. El Sr. Alfredo Martínez Moreno participó también en los trabajos del Comité en su calidad de Relator de la Comisión. El Sr. Juan José Calle y Calle participó también algún tiempo en las labores del Comité.

D.—Secretaría

6. El Sr. Erik Suy, Asesor Jurídico, asistió a la 1302.ª sesión de la Comisión y representó en esa ocasión al Secretario General. El Sr. Yuri M. Rybakov, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, representó al Secretario General y actuó como Secretario de la Comisión de la 1349.ª a la 1359.ª sesión. El Sr. Nicolas Teslenko y el Sr. Santiago Torres-Bernárdez actuaron como Secretarios Adjuntos de la Comisión y el Sr. Eduardo Valencia-Ospina y el Sr. Larry D. Johnson actuaron como Secretarios Ayudantes de la Comisión.

E.—Programa

7. La Comisión aprobó para su 27.º período de sesiones un programa con los siguientes temas:

1. Responsabilidad de los Estados.
2. Sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados.
3. Cláusula de la nación más favorecida.
4. Cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales.
5. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.
6. Programa de trabajo a largo plazo.
7. Organización de los trabajos futuros.
8. Colaboración con otros organismos.
9. Lugar y fecha de celebración del 28.º período de sesiones.
10. Otros asuntos.

8. Durante el 27.º período de sesiones, la Comisión celebró 58 sesiones públicas (de la 1302ª sesión a la 1359.ª sesión). Además, el Comité de Redacción cele-

bró 21 sesiones y la Mesa Ampliada de la Comisión y un subgrupo de la misma celebraron seis sesiones. La Comisión examinó todos los temas de su programa, salvo el tema 5 (El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación), según se explica más adelante [1].

[1] Véase cap. VI, secc. A.

Capítulo II

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

A.—Introducción

1. Reseña histórica de los trabajos de la Comisión

9. En su primer período de sesiones, celebrado en 1949, la Comisión de Derecho Internacional incluyó la cuestión de la «Responsabilidad de los Estados» en la lista de 14 materias de derecho internacional seleccionadas para la codificación. En 1955, después de haber aprobado la Asamblea General la resolución 799 (VIII), de 7 de diciembre de 1953, la Comisión nombró Relator Especial para el tema al Sr. F. V. García Amador. De 1956 a 1961, el Sr. García Amador presentó sucesivamente a la Comisión seis informes sobre la responsabilidad de los Estados. La Comisión, ocupada durante esos años en la codificación de otras ramas del derecho internacional, tales como el procedimiento arbitral y las relaciones e inmunidades diplomáticas y consulares, no pudo emprender la codificación del tema de la responsabilidad de los Estados, aunque en varias ocasiones, especialmente en 1956, 1957, 1959 y 1960, procedió a ciertos cambios de impresiones de carácter general sobre la cuestión [2].

10. En 1960 se planteó en la Sexta Comisión de la Asamblea General, por primera vez desde 1953, la cuestión de la codificación de la responsabilidad de los Estados. En 1961 y 1962, la cuestión fue examinada por la Sexta Comisión y por la Comisión de Derecho Internacional al discutir su futuro programa de trabajo en materia de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. En el curso de ese examen se manifestó cierta discrepancia de opiniones en cuanto a la manera de enfocar la cuestión y, en particular, acerca de si la Comisión debía empezar por codificar las normas sobre responsabilidad de los Estados como tema general y autónomo, o si había de abordar determinados aspectos del derecho de gentes, como la condición de los extranjeros, con el propósito de codificar al mismo tiempo, dentro de ese marco, las normas cuya violación entraña una responsabilidad internacional y las normas de la responsabilidad propiamente dicha. Finalmente, se reconoció, tanto en la Asamblea General como en la Comisión de Derecho Internacional, que no se trataba simplemente de proseguir los trabajos ya iniciados sino de reanudar *ex novo* el estudio de la materia, que la responsabilidad de los Estados debía figurar entre los temas prioritarios y que se habían de adoptar medidas para acelerar la labor relativa a su codificación. Como el Sr. García Amador ya no formaba parte de la Comisión, ésta estimó, en 1962, que era necesario realizar ciertos trabajos preparatorios antes de designar un nuevo Relator Especial y confió tal tarea a una subcomisión para la responsabilidad de los Estados, integrada por diez miembros [3].

11. La labor de la Subcomisión para la responsabilidad de los Estados fue examinada por la Comisión de Derecho Internacional con ocasión de su 15.º período de sesiones (1963), en la 686.ª sesión, sobre la base del informe presentado por el Sr. Roberto Ago, Presidente de la Subcomisión [4]. Todos los miembros de la Comisión que participaron en el debate se manifestaron de acuerdo con las conclusiones generales formuladas por la Subcomisión, a saber: *a*) que, para los efectos de la codificación del tema, debería atribuirse prioridad a la definición de las normas generales de la responsabilidad de los Estados; *b*) que no había que descuidar la experiencia y la documentación reunidas en ciertos sectores particulares, especialmente en el de la responsabilidad por daños a la persona y los bienes de extranjeros, y *c*) que había que seguir atentamente las repercusiones eventuales que la evolución reciente del derecho internacional pudiera tener sobre la responsabilidad de los Estados. Los miembros de la Comisión se manifestaron también de acuerdo con el programa de trabajo propuesto por la Subcomisión. Tras aprobar por unanimidad el informe de la Subcomisión, la Comisión, en el mismo período de sesiones, designó al Sr. Roberto Ago Relator Especial del tema de la responsabilidad de los Estados. Se acordó además que la Secretaría prepararía algunos documentos de trabajo sobre el tema [5].

12. Habiendo decidido no iniciar el examen de fondo de la cuestión de la responsabilidad de los Estados hasta haber completado el estudio del derecho de los tratados y de las misiones especiales, la Comisión no pudo empezar dicho examen hasta 1969. Anteriormente, en 1967,

[2] Para una reseña histórica pormenorizada de la cuestión hasta 1969, véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 240, documento A/7610/Rev.1, cap. IV.

[3] El Sr. Ago (Presidente) y los Sres. Briggs, Gros, Jiménez de Aréchaga, Lachs, de Luna, Paredes, Tsuruoka, Tunkin y Yasseen.

[4] Véase *Anuario... 1963*, vol. II, pág. 265, documento A/5509, anexo I. Las actas resumidas de las sesiones segunda a quinta de la Subcomisión, así como los memorandos presentados por sus miembros, figuran en el *Anuario... 1963*, vol. II, págs. 267 y 277, documento A/5509, anexo I, apéndices I y II.

[5] En 1964, atendiendo a lo solicitado por la Comisión, la Secretaría preparó y distribuyó un documento de trabajo que contenía un resumen de los debates de varios órganos de las Naciones Unidas y de las decisiones adoptadas en ellos (*Anuario... 1964*, vol. II, pág. 121, documento A/CN.4/165) y un repertorio de las decisiones de tribunales internacionales en materia de responsabilidad de los Estados (*ibid.*, pág. 129, documento A/CN.4/169). En relación con cada uno de esos documentos, la Secretaría publicó en 1969 sendos suplementos para ponerlos al día (*Anuario... 1969*, vol. II, pág. 119, documento A/CN.4/209, e *ibid.*, pág. 105, documento A/CN.4/208).

la Comisión, tal como había quedado constituida después de modificarse su composición, había examinado una nota sobre la responsabilidad de los Estados presentada por el Relator Especial [6], y había confirmado las instrucciones que le diera en 1963 [7].

13. En 1969, en el 21.º período de sesiones de la Comisión, el Relator Especial presentó su primer informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados [8]. En ese informe se reseñaba la obra realizada hasta entonces en la codificación de la materia y se reproducían, en sus anexos, los textos más importantes, individuales y colectivos, oficiales y no oficiales, preparados en trabajos anteriores de codificación [9].

14. Al presentar su informe [10], el Relator Especial recordó las ideas que habían servido de guía a la Comisión de Derecho Internacional cuando, después de comprobar que sus esfuerzos anteriores habían llegado a un punto muerto en la codificación de este capítulo esencial del derecho internacional, había decidido reanudar con un nuevo criterio el estudio de la cuestión de la responsabilidad. Resumió asimismo las conclusiones de metodología a que había llegado la Comisión en sus períodos de sesiones 15.º (1963) y 19.º (1967), conclusiones sobre cuya base se había propuesto dar un nuevo impulso a la labor de codificación en la materia con miras a ograr resultados positivos, conforme a las recomendaliones formuladas por la Asamblea General en sus resocuciones 1765 (XVII), 1902 (XVIII), 2045 (XX), 2167 (XXI), 2272 (XXII) y 2400 (XXIII).

15. La Comisión examinó detenidamente el primer informe del Relator Especial en sus sesiones 1011.ª a 1013.ª y 1036ª [11]. El debate permitió comprobar que había gran unidad de pareceres en el seno de la Comisión en cuanto a la manera más apropiada de proseguir el trabajo sobre la responsabilidad de los Estados y en cuanto a los criterios que debían informar la elaboración de las diferentes partes del proyecto de artículos que la Comisión se proponía preparar. Las conclusiones de la Comisión al respecto se expusieron en su informe sobre la labor realizada en el 21.º período de sesiones [12].

16. Las conclusiones a que había llegado la Comisión en su 21.º período de sesiones fueron acogidas favorablemente por la Asamblea General en su vigésimo cuarto período de sesiones [13]. El plan de conjunto para el estudio del tema, las etapas sucesivas previstas para su realización y los criterios que debían seguirse en las distintas partes del proyecto contaron con la aprobación general de los miembros de la Sexta Comisión. La Asamblea General, en su resolución 2501 (XXIV), de 12 de noviembre de 1969, recomendó a la Comisión de Derecho Internacional que continuara su labor sobre la responsabilidad de los Estados.

17. Sobre la base de las directrices fijadas por la Comisión de Derecho Internacional y de las recomendaciones de la Asamblea General, el Relator Especial abordó sistemáticamente el examen de las múltiples y diversas cuestiones que planteaba el tema en su conjunto. Presentó a la Comisión, en su 22.º período de sesiones, celebrado en 1970, un segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados titulado «Origen de la responsabilidad internacional» [14]. El informe contenía, en su introducción, un plan de trabajo detallado para la primera fase del estudio que había de realizarse en la materia, fase que debía girar en torno al examen de las condiciones subjetivas y objetivas de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. La introducción iba seguida de un primer capítulo dedicado a algunos principios generales básicos aplicables a toda la materia. El Relator Especial hizo la presentación de su segundo informe en las sesiones 1074.ª y 1075.ª de la Comisión [15]. Sometió al mismo tiempo un cuestionario en el que se relacionaban varias cuestiones acerca de las cuales deseaba conocer las opiniones de los miembros de la Comisión con miras a la prosecución de su trabajo [16].

18. En sus sesiones 1075.ª, 1076.ª, 1079.ª y 1080.ª, la Comisión sostuvo un debate general sobre el segundo informe presentado por el Relator Especial [17]. En la 1081.ª sesión, el Relator Especial resumió las conclusiones esenciales sobre metodología, problemas de fondo y cuestiones de terminología que se desprendían del examen general efectuado por la Comisión [18]. Quedó entendido que el tercer informe del Relator Especial y los que le siguieran estarían dedicados al análisis detallado de las diferentes condiciones que deben concurrir para que pueda considerarse que un hecho internacionalmente ilícito ha sido cometido por un Estado y compromete su responsabilidad internacional [19].

19. En el vigésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión consideró aceptables en conjunto las conclusiones a que había llegado la Comisión en su período de sesiones de 1970 [20]. En su resolución 2634 (XXV), de 12 de noviembre de 1970, la Asamblea General recomendó a la Comisión que continuase sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados.

[6] *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 339, documento A/CN.4/196. La nota fue examinada en las sesiones 934.ª y 935.ª de la Comisión (*ibid.*, vol. I, págs. 239 a 242)

[7] Véase *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 383, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.2, párr. 42.

[8] *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 130, documento A/CN.4/217 y Add.1.

[9] Se reproduce una lista de estos textos en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 25.º período de sesiones (*Anuario... 1973*, vol. II, págs. 168 y 169, documento A/9010/Rev.1, nota 14).

[10] *Anuario... 1969*, vol. I, págs. 111 a 114, 1011.ª sesión, párrs. 2 a 19.

[11] *Ibid.*, págs. 111 a 126 y 254 a 260.

[12] *Anuario... 1969*, vol. II, págs. 244 y 245, documento A/7610/Rev.1, párrs. 80 a 84.

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 1103.ª a 1111.ª y 1119.ª sesiones; e *ibid., vigésimo cuarto período de sesiones, Anexos*, temas 86 y 94 *b* del programa, documento A/7746, párrs. 86 a 89.

[14] *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 189, documento A/CN.4/233.

[15] *Ibid.*, vol. I, págs. 176 a 180 y 182 a 188.

[16] *Ibid.*, págs. 176 y 177.

[17] *Ibid.*, págs. 182 a 194 y 211 a 224.

[18] *Ibid.*, págs. 224 a 229.

[19] Véase *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 332 a 334, documento A/8010/Rev.1, párrs. 70 a 83.

[20] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones, Anexos*, tema 84 del programa, documento A 8147, párrs. 98 a 107.

20. En el 23.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1971, el Relator Especial presentó su tercer informe, titulado «El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional» [21]. Ese tercer informe se iniciaba con una introducción en la que se precisaban las diferentes conclusiones a que había llegado la Comisión tras el examen del segundo informe. Iba seguido de un capítulo I (Principios generales), dividido en cuatro secciones (artículos 1 a 4). El Relator Especial volvía a tratar en ellas las cuestiones objeto del capítulo I de su segundo informe, revisadas y completadas a la luz del debate celebrado en la Comisión en su 22.º período de sesiones. El informe terminaba con las secciones 1 a 6 (artículos 5 a 9) del capítulo II del proyecto (El «hecho del Estado» según el derecho internacional), capítulo dedicado al examen de las condiciones de la atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de un hecho que pueda ser fuente de responsabilidad internacional.

21. En su cuarto informe, presentado en 1972 a la Comisión en su 24.º período de sesiones [22], el Relator Especial prosiguió y completó el examen de las condiciones que han de concurrir para la atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de un hecho que pueda dar origen a una responsabilidad internacional. Ese informe comprendía las secciones 7 a 10 (artículos 10 a 13) [23] del capítulo II del proyecto (El «hecho del Estado» según el derecho internacional).

22. Ocupada en la preparación de proyectos de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, la Comisión no pudo, por falta de tiempo, examinar el tema de la responsabilidad de los Estados en sus períodos de sesiones 23.º (1971) y 24.º (1972). No obstante, la Comisión consignó en sus informes sobre esos períodos de sesiones un resumen de la situación del estudio sobre la responsabilidad de los Estados emprendido por el Relator Especial [24].

23. En el vigésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General (1971), la Sexta Comisión estimó que los trabajos del Relator Especial representaban una contribución importante y acelerarían la elaboración por la Comisión de Derecho Internacional de un proyecto de artículos sobre la materia [25]. En su resolución 2780 (XXVI), de 3 de diciembre de 1971, la Asamblea General recomendó a la Comisión que prosiguiese su labor sobre la responsabilidad de los Estados, con miras a lograr un progreso apreciable en la preparación del proyecto de artículos sobre el tema. En el vigésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General (1972) algunos representantes opinaron en la Sexta Comisión que la Comisión de Derecho Internacional debía conceder la máxima prioridad al estudio de la responsabilidad de los Estados [26] y la Asamblea, en su resolución 2926 (XXVII), de 28 de noviembre de 1972, recomendó a la Comisión que preparara un primer proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

24. En 1973, en su 25.º período de sesiones, la Comisión inició la preparación de un proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, de conformidad con las recomendaciones de la Asamblea General. Habiendo examinado en sus sesiones 1202.ª a 1213.ª y 1215.ª el capítulo I, así como las secciones 1 a 3 del capítulo II del tercer informe del Relator Especial, la Comisión, en sus sesiones 1225.ª y 1226.ª, aprobó en primera lectura el texto propuesto por el Comité de Redacción para los artículos 1 a 6 del proyecto, es decir, los artículos (artículos 1 a 4) del capítulo I del proyecto (Principios generales), así como los dos primeros artículos (artículos 5 y 6) del capítulo II (El «hecho del Estado» según el derecho internacional). El texto de estos artículos y de los comentarios relativos a ellos se reprodujo en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 25.º período de sesiones [27].

25. La limitación del alcance del proyecto de artículos a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, la distinción hecha entre las normas «primarias» y «secundarias» y el método inductivo seguido por el Relator Especial y por la Comisión de Derecho Internacional en la preparación del proyecto fueron aprobados por la mayor parte de los representantes que intervinieron en el debate que se desarrolló en la Sexta Comisión durante el vigésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General [28]. En conjunto, las disposiciones del proyecto aprobadas por la Comisión en 1973 fueron también objeto de comentarios favorables. La Asamblea General, en su resolución 3071 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, recomendó a la Comisión que prosiguiera en su 26.º período de sesiones su labor sobre la responsabilidad de los Estados, asignándole carácter prioritario y teniendo en cuenta las opiniones y consideraciones mencionadas en sus resoluciones 1765 (XVII), 1902 (XVIII), 2400 (XXIII) y 2926 (XXVII), con miras a la preparación de un primer proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. La Asamblea General recomendó también a la Comisión que emprendiera en un momento apropiado un estudio separado sobre el tema de la responsabilidad internacional por las conse-

[21] *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 212, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3. En el mismo período de sesiones, el Relator Especial presentó una segunda adición a su primer informe (*ibid.*, pág. 205, documento A/CN.4/2/217/Add.2).

[22] *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 75, documento A/CN.4/264 y Add.1.

[23] Después de su examen por la Comisión estos artículos han pasado a ser los artículos 10 a 15 del proyecto (véase secc. B, subsecc. 2).

[24] *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 372, documento A/8410/Rev.1, cap. III, secc. C; y *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 353, documento A/8710/Rev.1, cap. IV, secc. B.

[25] *Documento Oficiales de la Asamblea General, vigésimo sexto período de sesiones, Anexos*, tema 88 del programa, documento A/8537, párrs. 137 y 138.

[26] *Ibid., vigésimo séptimo período de sesiones, Anexos, tema 85* del programa, documento A/8892, párr. 195.

[27] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 176, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B. El texto del proyecto de artículos se reproduce también en la parte 1 de la sección B *infra*.

[28] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo octavo período de sesiones. Anexos*, tema 89 del programa, documento A/9334, párrs. 25 a 28.

cuencias perjudiciales de la realización de otras actividades [29].

26. En 1974, en su 26.º período de sesiones, la Comisión prosiguió el estudio del capítulo II (El «hecho del Estado» según el derecho internacional) del proyecto. En sus sesiones 1251.ª a 1253.ª y 1255.ª a 1263.ª, la Comisión examinó las secciones 4 a 6 del capítulo II del tercer informe del Relator Especial. En su 1278.ª sesión, la Comisión examinó el texto de los artículos 7 a 9 propuestos por el Comité de Redacción y aprobó en primera lectura dichos artículos. El texto de estos artículos y de los comentarios relativos a ellos se reprodujo en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 26.º período de sesiones [30].

27. En conjunto, las disposiciones del proyecto aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional en 1974 fueron objeto de comentarios favorables por parte de los representantes que intervinieron en el debate que se desarrolló en la Sexta Comisión durante el vigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General [31]. En su resolución 3315 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General recomendó a la Comisión de Derecho Internacional que prosiguiera en su 27.º período de sesiones su labor sobre la responsabilidad de los Estados, asignándole carácter de alta prioridad y teniendo en cuenta las resoluciones 1765 (XVII), 1902 (XVIII), 2400 (XXIII), 2926 (XXVII) y 3071 (XXVIII), con miras a la preparación de un primer proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos en el plazo más breve posible, y que se ocupara, tan pronto como fuese oportuno, del tema separado de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional.

28. En su actual período de sesiones, la Comisión ha dado cima al estudio del capítulo II (El «hecho del Estado» según el derecho internacional) del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, es decir, de las disposiciones relativas a las condiciones para la atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de un hecho que pueda ser fuente de responsabilidad internacional. En sus sesiones 1303.ª a 1317.ª, la Comisión examinó las secciones 7 a 10 del capítulo II, propuestas en el cuarto informe del Relator Especial, y remitió al Comité de Redacción los artículos incluidos en esas secciones. En su 1345.ª sesión, la Comisión examinó el texto de los artículos 10 a 15 propuestos por el Comité de Redacción y aprobó en primera lectura el texto de esos artículos.

29. En su 28.º período de sesiones, la Comisión proseguirá el estudio del tema desde el punto en que se detuvo en el actual período de sesiones. Examinará, pues, sobre la base de las secciones pertinentes contenidas en un quinto informe a cuya elaboración está dedicado actualmente el Relator Especial, toda una serie de cuestiones que se plantean en el marco del capítulo III (La violación de una obligación internacional) del proyecto, capítulo que, como su título indica, está dedicado al estudio del elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito.

30. El texto de todos los artículos del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados aprobados por la Comisión hasta el momento presente, así como el texto de los artículos 10 a 15 y de los comentarios relativos a ellos aprobados en el curso del actual período de sesiones, se reproduce en el presente documento para conocimiento de la Asamblea General [32].

2. Observaciones de carácter general sobre el presente proyecto de artículos [33]

a) forma del proyecto

31. La cuestión de la forma definitiva que ha de revestir la codificación de la responsabilidad de los Estados habrá evidentemente de decidirse en una fase ulterior, cuando la Comisión haya finalizado el proyecto. La misión formulará entonces, conforme a lo dispuesto en su Estatuto, la recomendación que estime pertinente. Sin prejuzgar tal recomendación, la Comisión ha decidido dar a su estudio sobre la responsabilidad de los Estados la forma de un *proyecto de artículos*, según lo recomendado expresamente por la Asamblea General en sus resoluciones 2780 (XXVI), 2926 (XXVII), 3071 (XXVIII) y 3315 (XXIX). A la Comisión le parece también que la redacción de un proyecto de artículos constituye el método más eficaz para puntualizar y desarrollar las normas de derecho internacional relativas a la responsabilidad de los Estados. El proyecto de artículos en preparación se está redactando en una forma que permitirá utilizarlo como base para la celebración de una convención si se adopta una decisión en tal sentido.

b) alcance del proyecto

i) *Responsabilidad de los Estados*

32. Al igual que en otros temas cuya codificación ha acometido anteriormente, la Comisión se propone limitar de momento su estudio en materia de responsabilidad internacional a las cuestiones de la responsabilidad de los Estados. Con ello, la Comisión no desea restar importancia al estudio de las cuestiones relativas a la responsabilidad de los sujetos de derecho internacional distintos de los Estados, pero la necesidad primordial de claridad en el examen emprendido y el carácter or-

[29] Por lo que se refiere a las medidas adoptadas por la Comisión en cumplimiento de esta última recomendación de la Asamblea General, véase párr. 34 *infra*.

[30] *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 281, documento A/9610/Rev.1, cap. III, secc. B, subsecc. 2. El texto de los artículos se reproduce también en la sección B *infra*.

[31] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo noveno período de sesiones, Anexos*, tema 87 del programa, documento A/9897, párrs. 101 a 135.

[32] Véase secc. B *infra*.

[33] Las consideraciones de carácter general que seguidamente se exponen se basan especialmente en las conclusiones y decisiones adoptadas por la Comisión en 1963, al examinar el informe de la Subcomisión para la responsabilidad de los Estados, y en 1969, 1970 y 1973, con ocasión del examen de los informes primero, segundo y tercero del Relator Especial. Tales consideraciones sirven de marco a los trabajos en curso para la preparación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

gánico de su proyecto exigen, evidentemente, diferir el estudio de esas otras cuestiones.

ii) *Responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos*

33. El proyecto de artículos en estudio se refiere únicamente a la responsabilidad de los Estados por *hechos internacionalmente ilícitos*. La Comisión reconoce cabalmente la importancia que, junto a las cuestiones relativas a la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, revisten las que conciernen a la obligación de reparar las consecuencias perjudiciales que puede tener la realización de determinadas actividades lícitas, especialmente de las que, por su naturaleza, dan lugar a ciertos riesgos. La Comisión opina, sin embargo, que esta segunda categoría de problemas no puede tratarse juntamente con la primera. En vista del fundamento completamente distinto de la responsabilidad por riesgos y de la naturaleza diferente de las normas que la prevén, y habida cuenta de su contenido y de las formas que puede adoptar, un examen conjunto de ambas cuestiones no podría sino hacer más difícil la comprensión de una y otra. El hecho de verse obligado a asumir los posibles riesgos del ejercicio de una actividad de por sí legítima y el hecho de tener que afrontar las consecuencias (no limitadas necesariamente a una reparación) que entraña la violación de una obligación jurídica no son situaciones comparables. Sólo la pobreza relativa del léxico jurídico hace que se utilice a veces la misma expresión para designar una y otra. Atendiendo a estas consideraciones y a fin de evitar todo equívoco, la Comisión, sin prejuzgar la cuestión del título definitivo del proyecto, que será examinado ulteriormente, desea subrayar que la expresión «responsabilidad de los Estados», que figura en el título del proyecto de artículos, debe entenderse sólo en el sentido de «responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos».

34. Claro está que el hecho de limitar el presente proyecto de artículos a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos no impide que la Comisión estudie por separado, en el momento oportuno, el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de la realización de ciertas actividades no prohibidas por el derecho internacional, como ha recomendado la Asamblea General en sus resoluciones 3071 (XXVIII) y 3315 (XXIX). Se trata de no englobar en un solo y mismo proyecto dos materias que, pese a determinados aspectos y características comunes, siguen siendo claramente distintas. Atendiendo a estas consideraciones, la Comisión ha estimado especialmente necesario adoptar en la definición del principio enunciado en el artículo 1 del presente proyecto una fórmula que, al mismo tiempo que indica que el hecho internacionalmente ilícito es fuente de responsabilidad internacional, no se presta a una interpretación que pueda excluir automáticamente la existencia de otra fuente posible de «responsabilidad».

iii) *Normas generales que rigen la responsabilidad*

35. La responsabilidad internacional reviste aspectos muy diferentes de las demás materias que han sido hasta la fecha objeto de la obra de codificación de la Comisión. Esta se ha dedicado normalmente, en sus proyectos anteriores, a definir normas de derecho internacional que, en uno u otro sector de las relaciones interestatales, imponen a los Estados determinadas obligaciones y que, en cierto sentido, pueden calificarse de «primarias». Al abordar el tema de la responsabilidad, la Comisión emprende, por el contrario, la definición de otras normas que, por contraposición a aquéllas, pueden calificarse de «secundarias» por cuanto su objeto es determinar las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas «primarias». Al preparar el presente proyecto de artículos, la Comisión se propone, pues, concentrar su estudio en la determinación de las normas que rigen la responsabilidad, manteniendo una distinción rigurosa entre esta tarea y la que consiste en definir la normas que atribuyen a los Estados obligaciones cuya violación puede ser causa de responsabilidad. La Comisión ha estimado que esta distinción rigurosa es indispensable para poder centrar la cuestión de la responsabilidad internacional y considerarla en su integridad.

36. La necesidad de tomar en consideración el contenido, la naturaleza y el alcance de las obligaciones que imponen al Estado las normas «primarias» del derecho internacional y de distinguir sobre estas bases entre diferentes categorías de obligaciones internacionales resultará ciertamente indispensable cuando se trate de estudiar el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito. Si se quiere disponer de un criterio para apreciar la gravedad de un hecho internacionalmente ilícito y para determinar las consecuencias que deben atribuirse a ese hecho, hay que tomar en consideración indudablemente la importancia de muy distinto orden que tendrá para la comunidad internacional la observancia de ciertas obligaciones —por ejemplo, las que conciernen al mantenimiento de la paz— en comparación con la que se atribuya a la observancia de otras obligaciones y ello precisamente a causa del contenido de las primeras. Hay que tener en cuenta asimismo la distinción que debe hacerse entre unas obligaciones y otras atendiendo a las finalidades que persiguen y el resultado que con ellas se quiere lograr para poder determinar en cada caso si se trata o no de una violación de una obligación internacional y determinar, cuando proceda, en qué momento se ha producido el hecho internacionalmente ilícito. Estos diferentes aspectos se pondrán de relieve en el momento oportuno. Pero no por ello debe perderse de vista el hecho esencial de que una cosa es definir una norma y el contenido de la obligación que impone y otra determinar si se ha violado esa obligación y cuáles deben ser las consecuencias de tal violación. Unicamente este segundo aspecto forma parte de la esfera propiamente dicha de la responsabilidad. Facilitar la confusión a este respecto sería levantar un obstáculo que podría frustrar una vez más la esperanza de conseguir una codificación de la materia. La experiencia del pasado lo demuestra.

37. En el presente proyecto de artículos, la Comisión se propone codificar las normas que rigen en general la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y no solamente en relación con determinados sectores especiales, tal como el de la

responsabilidad por daños causados a la persona o los bienes de extranjeros. La responsabilidad internacional del Estado es una situación que se produce no sólo por la violación de ciertas obligaciones internacionales determinadas, sino también por una infracción de *toda* obligación internacional, tanto si ha sido establecida por las normas que regulan una materia concreta como por las que rigen otra. El proyecto de artículos versa, pues, sobre las *normas generales de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, es decir, sobre las normas que regulan el conjunto de las nuevas relaciones jurídicas a que puede dar lugar un hecho internacionalmente ilícito de un Estado, cualquiera que sea el sector particular a que corresponda la norma violada por ese hecho.

c) ESTRUCTURA DEL PROYECTO

i) *Plan general*

38. En líneas generales, y sin perjuicio de ulteriores decisiones de la Comisión en la materia, la estructura del proyecto de artículos contemplado responde al plan de estudio de la responsabilidad internacional de los Estados adoptado por la Comisión sobre la base de las propuestas formuladas por el Relator Especial.

39. La Comisión ha reconocido que la cuestión de la responsabilidad internacional es una de las materias en que el desarrollo progresivo del derecho puede desempeñar una función especialmente importante, sobre todo, como ha puesto de relieve el Relator Especial, por lo que respecta a la distinción entre diferentes categorías de infracciones internacionales y en lo que atañe al contenido y a los grados de la responsabilidad. No obstante, la Comisión desea destacar expresamente que, a su juicio, el lugar que ha de asignarse respectivamente al desarrollo progresivo y a la codificación de principios ya aceptados no puede resultar de un plan preestablecido. Deberá desprenderse concretamente de las soluciones que se adopten respecto de las diversas cuestiones.

40. La Comisión ha estimado asimismo que era preferible dejar para más adelante la cuestión de decidir si convenía comenzar el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados con un artículo en que se diesen definiciones o con un artículo en que se enumerasen las cuestiones que habrían de excluirse del proyecto. En efecto, cuando las soluciones relativas a las distintas cuestiones hayan llegado a una fase más avanzada, se verá más claramente si esas cláusulas preliminares son necesarias o no en la estructura general del proyecto. Se han de evitar definiciones o fórmulas iniciales que puedan prejuzgar las soluciones que han de adoptarse más adelante. Mientras no se salga del marco de la primera fase del proyecto que se examina, se tomará como base una *noción general de la responsabilidad, entendiéndose por responsabilidad el conjunto de las relaciones jurídicas nuevas a que puede dar origen, en las distintas hipótesis, un hecho internacionalmente ilícito de un Estado*. Corresponderá más adelante a la Comisión decir, por ejemplo, si tales relaciones pueden intervenir solamente entre tal Estado y el Estado lesionado en sus derechos propios, o también entre ese mismo Estado y otros sujetos de derecho internacional y, quizás, incluso entre ese Estado y toda la comunidad internacional. Entretanto, la Comisión se limitará a explicar en los comentarios de los artículos, cuando se juzgue necesario, el sentido de las expresiones utilizadas.

41. Por último, la Comisión ha llegado a un acuerdo sobre las fases principales que comprenderá la elaboración del proyecto. Puede decirse, de manera general, que la primera se refiere al origen de la responsabilidad internacional y la segunda al contenido, las formas y los grados de esa responsabilidad. Una vez cumplida esta doble tarea esencial, la Comisión podría, si lo considerase oportuno, decidir sobre la conveniencia de agregar al proyecto una tercera parte en la que se examinarían ciertos problemas relativos a la solución de las controversias y al modo de «hacer efectiva» esa responsabilidad internacional del Estado.

1) *Primera parte: origen de la responsabilidad internacional*

42. Esta parte está destinada a determinar sobre la base de qué elementos y en qué circunstancias puede determinarse que existe, por parte de un Estado, un hecho internacionalmente ilícito, que, como tal, es fuente de responsabilidad internacional. Dentro de este marco general, la primera tarea que debe realizarse con miras a la elaboración del proyecto de artículos consiste en formular los principios generales básicos aplicables a la materia. Una vez establecidos esos principios, hay que tratar el conjunto de las cuestiones que se plantean en relación con el elemento subjetivo del hecho internacionalmente ilícito, es decir, en lo que concierne a la posibilidad de atribuir un comportamiento determinado (acción u omisión) al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional y de considerar por tanto tal comportamiento como un hecho del Estado en derecho internacional. Seguidamente hay que resolver las cuestiones que se plantean en relación con el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito; en otras palabras, hay que determinar en qué circunstancias el comportamiento atribuido al Estado debe considerarse constitutivo de una violación de una obligación jurídica internacional. De este modo podrán reunirse las dos condiciones necesarias para que un hecho del Estado pueda ser calificado de hecho internacionalmente ilícito que da lugar, como tal, a una responsabilidad del Estado en el plano interestatal. A continuación se estudiarán las cuestiones que suscita la posible participación de varios Estados en una misma situación ilícita, así como la responsabilidad en que puede incurrir en ocasiones un Estado a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. El examen de las cuestiones comprendidas en esta primera parte del plan de estudio concluirá con un análisis de las diferentes circunstancias cuya presencia puede eventualmente excluir, atenuar o agravar la ilicitud del comportamiento atribuido al Estado. Hecho esto, se podrá pasar a la segunda fase de los trabajos.

2) *Segunda parte: contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional*

43. En el curso de la segunda fase del plan de estudio, se determinarán las consecuencias que el derecho inter-

nacional atribuye, en las diferentes hipótesis, a un hecho internacionalmente ilícito del Estado, a fin de llegar, sobre esta base, a una definición del contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional y de recoger en el proyecto de artículos las disposiciones pertinentes. Se tratará, en primer lugar, de determinar en qué casos hay que reconocer que nace, para el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito, una obligación de reparar, y en qué casos hay que admitir que el Estado de que se trata incurre en la aplicación de una sanción. La determinación de la distinción entre hechos internacionalmente ilícitos que acarrean simplemente una obligación de reparar y hechos internacionalmente ilícitos que llevan aparejada la aplicación de sanciones, la base posible de tal distinción y la relación entre las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito que llevan consigo reparación y las consecuencias que implican sanción figuran entre las cuestiones de principio que habrá que resolver antes de poder proseguir el examen de otras materias que entran en la segunda fase del plan de estudio. En este contexto, habrá que examinar también la posible distinción entre los casos en que las relaciones jurídicas nacidas del hecho internacionalmente ilícito se establecen únicamente entre el Estado autor del hecho y el Estado directamente lesionado por éste, y los casos en que esas relaciones se establecen igualmente con otros Estados e incluso con la comunidad internacional entera. Habrá que examinar luego las cuestiones más específicas que se plantean respecto de la reparación y de la sanción en cuanto consecuencias que el derecho internacional atribuye a un hecho internacionalmente ilícito del Estado. En ese momento es cuando se analizarán las cuestiones relativas a las formas de reparación (restitución *in integrum*, reparación por equivalente o indemnización, satisfacción), a la amplitud de la reparación y a los criterios que se han de seguir para determinarla, así como a las cuestiones relativas a los diferentes tipos de sanciones (individuales, colectivas), y a las diversas formas concretas (represalias, etc.) que pueden revestir, teniendo en cuenta en particular la evolución que haya podido producirse en la materia a raíz de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y en virtud de la instauración en la práctica del sistema de las Naciones Unidas.

3) *Posible tercera parte: solución de las controversias y modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional*

44. Sólo después de terminado el examen de las cuestiones que entran directamente dentro del marco del tema de la responsabilidad de los Estados estará en condiciones la Comisión de decidir si no pasa de ahí o si procede agregar al proyecto un grupo de artículos concernientes a la cuestión de la solución de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación y la interpretación de las normas codificadas en el proyecto de artículos. En ese momento es cuando podrá preguntarse si procede o no incluir en este proyecto la definición de las cuestiones relativas al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional. A juicio del Relator Especial, es dudoso que las cuestiones concernientes a la presentación de reclamaciones internacionales, al momento y las formas de esta presentación, a los medios que se puedan utilizar legítimamente en apoyo de ellas, a la protección diplomática y a otras materias afines, deban formar parte de un proyecto dedicado esencialmente a la definición de las normas generales relativas a la responsabilidad internacional. En todo caso no ha llegado todavía el momento de tomar una decisión definitiva al respecto.

ii) *Estructura y contenido de la primera parte del proyecto (el origen de la responsabilidad internacional)*

45. La primera parte del proyecto —es decir, la parte consagrada a determinar a base de qué elementos y en qué circunstancias se puede determinar que un Estado ha incurrido en un hecho internacionalmente ilícito, que, como tal, es fuente de responsabilidad internacional— está dividida en capítulos y artículos conforme al cuadro siguiente [34]:

CAPÍTULO I.—PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1.—Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Artículo 2.—Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito

Artículo 3.—Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Artículo 4.—Calificación de un hecho del Estado de internacionalmente ilícito

CAPÍTULO II.—EL «HECHO DEL ESTADO» SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

Artículo 5.—Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos

Artículo 6.—No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado

Artículo 7.—Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público

Artículo 8.—Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado

Artículo 9.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional

Artículo 10.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad

Artículo 11.—Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado

Artículo 12.—Comportamiento de órganos de otro Estado

Artículo 13.—Comportamiento de órganos de una organización internacional

Artículo 14.—Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional

Artículo 15.—Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado

[34] Por lo que respecta a los capítulos y artículos aún no examinados por la Comisión, las indicaciones del cuadro sólo son, huelga decirlo, provisionales y están sujetas a un amplio margen de aproximación. Por esta razón, se han puesto entre corchetes los títulos correspondientes a ellos que no tienen carácter definitivo.

CAPÍTULO III.—[LA VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL]

Artículo [16].—[No pertinencia de la fuente de la obligación internacional violada para los efectos de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito]

Artículo [17].—[Violación de una obligación jurídica esencial para la comunidad internacional. Delitos internacionales]

Artículo [18].—[Necesidad de que la obligación internacional esté en vigor en el momento de la violación que se alega]

Artículo [19].—[Violación de una obligación de comportamientos]

Artículo [20].—[Violación de una obligación de resultado (agotamiento de los medios de recursos internos)]

Artículo [21].—[Violación de una obligación internacional puesta de manifiesto por el concurso de un acontecimiento exterior]

Artículo [22].—[Momento de la violación de una obligación internacional *(tempus commissi delicti)*]

CAPÍTULO IV.—[LA PARTICIPACIÓN DE OTROS ESTADOS EN EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UN ESTADO]

Artículo [23].—[Instigación, complicidad, concurso de otro Estado]

Artículo [24].—[Responsabilidad indirecta de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado]

CAPÍTULO V.—[LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD Y LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES O AGRAVANTES]

Artículo [25].—[Fuerza mayor—Caso fortuito]

Artículo [26].—[Estado de necesidad]

Artículo [27].—[Legítima defensa]

Artículo [28].—[Ejercicio legítimo de una sanción]

Artículo [29].—[Consentimiento del Estado lesionado]

Artículo [30].—[Circunstancias atenuantes]

Artículo [31].—[Circunstancias agravantes]

1) *Principios generales (capítulo I)*

46. El capítulo I del proyecto de artículos está dedicado a los «principios generales». Ante todo, se define en él el principio fundamental que vincula una responsabilidad a todo hecho internacionalmente ilícito del Estado *(artículo 1)*. A continuación, el capítulo enuncia el principio, estrechamente ligado al primero, en virtud del cual todo Estado está sujeto a la posibilidad de que se considere, según el derecho internacional, que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a su responsabilidad internacional *(artículo 2)*. Sigue lógicamente el principio que enuncia los dos elementos, subjetivo y objetivo, de la existencia de un hecho ilícito del Estado según el derecho internacional *(artículo 3)*. El capítulo termina con la definición de un cuarto principio general, a saber, el de la no pertinencia del derecho interno de un Estado para calificar de ilícito, desde el punto de vista del derecho internacional, un hecho de tal Estado *(artículo 4)*. El texto de estas disposiciones fue adoptado por la Comisión en 1973, en su 25.º período de sesiones [35].

2) *El «hecho del Estado» según el derecho internacional (capítulo II)*

47. El capítulo II está dedicado al elemento subjetivo del hecho internacionalmente ilícito y, por consiguiente, a la determinación de las condiciones en que un comportamiento determinado debe considerarse, según el derecho internacional, como «hecho del Estado». Después de un *comentario de introducción* que contiene las consideraciones preliminares destinadas a atender ciertas dificultades de orden teórico y a afirmar en todo caso la autonomía del derecho internacional en la materia, el capítulo contiene una serie de normas en forma de artículos. Estas normas tienen por objeto en primer lugar determinar de quiénes puede emanar un comportamiento que puede tenerse en consideración en cuanto hecho del Estado en derecho internacional. Figuran ante todo, como categoría principal, los órganos del Estado: los que están así calificados según el derecho interno de ese Estado. Siguen otros comportamientos cuyos autores no forman parte, propiamente hablando, de la organización estatal, pero se consideran igualmente, en derecho internacional, como hechos del Estado. En segundo lugar, hay que resolver en este contexto general la cuestión de si, en todas estas categorías de comportamiento, se atribuye o no al Estado, en virtud del derecho internacional, los que han sido adoptados en condiciones particulares. En tercer lugar, por último, se concluye el examen con una fórmula negativa, señalando las normas que indican las categorías de comportamientos en virtud de los cuales queda excluida una atribución al Estado, a la vez que se examina cuál puede ser, internacionalmente, la situación del Estado en relación con tales comportamientos. En el curso del actual período de sesiones la Comisión completó el estudio de este capítulo del proyecto aprobando sus seis últimos artículos *(artículos 10 a 15)*; la *introducción* del capítulo y sus cinco primeros artículos *(artículos 5 a 9)* habían sido adoptados en los períodos de sesiones 25.º y 26.º de la Comisión [36].

48. El primer artículo *(artículo 5)* del capítulo II del proyecto define la norma que constituye, en esta materia, el punto de partida: la norma en virtud de la cual una acción u omisión puede tenerse en cuenta para los efectos de la atribución al Estado en cuanto hecho internacionalmente ilícito si ha sido cometida por un órgano del Estado, es decir por un órgano que tenga esa calidad dentro del marco del ordenamiento jurídico interno de ese Estado y que haya actuado en el caso de que se trate en tal calidad. Como corolario de esta norma, el segundo artículo *(artículo 6)* señala que el órgano de que se trate puede pertenecer a una u otra de las grandes ramas del aparato estatal, que sus funciones

[35] Véase párr. 24 *supra*. El texto de todos los artículos del capítulo I se reproduce más adelante en la subsección 1 de la sección B. Para el texto de esos artículos y de los comentarios relativos a ellos, véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 176, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B.

[36] El texto de todos estos artículos se reproduce más adelante en la subsección 1 de la sección B. Para el texto de los artículos 5 y 6 y de los comentarios relativos a ellos, aprobados por la Comisión en su 25.º período de sesiones, véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 195, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B. Para el texto de los artículos 7 a 9 y de los comentarios relativos a ellos aprobados por la Comisión en su 26.º período de sesiones, véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 281, documento A/9610/Rev.1, cap. III, secc. B, subsecc. 2. Para el texto de los artículos 10 a 15 y de los comentarios relativos a ellos aprobados en el presente período de sesiones, véase más adelante secc. B, subsecc. 2.

pueden tener que ver con las relaciones internacionales o ejercerse en un ámbito puramente interno, que tal órgano puede ocupar dentro del marco de la organización del Estado una posición superior o subordinada, sin que ello tenga consecuencias en cuanto a la atribución de su comportamiento al Estado. El tercer artículo *(artículo 7)* concierne a la atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, del comportamiento de órganos que no son del Estado mismo sino de otras entidades facultadas por el derecho interno del Estado para ejercer prerrogativas del poder público (colectividades públicas territoriales; entidades que no forman parte de la estructura misma del Estado o de una colectividad pública territorial). El cuarto artículo *(artículo 8)* trata de la atribución al Estado, siempre para los efectos de determinar su responsabilidad internacional, del comportamiento de personas o grupos de personas que aun estando desde un punto de vista formal desprovistas de la calidad de órganos del Estado o de una de las entidades previstas en el artículo 7, han actuado de hecho por cuenta del Estado o están ejerciendo de hecho, en ciertas circunstancias, prerrogativas del poder público. El quinto artículo *(artículo 9)* define las condiciones de la atribución a un Estado del comportamiento de un órgano «puesto a su disposición» por otro Estado o por una organización internacional. En el sexto artículo *(artículo 10)* se trata de la atribución al Estado del comportamiento de un órgano que actúa excediéndose en su competencia o en contra de instrucciones expresas recibidas o de los preceptos generales relativos al ejercicio de su actividad. El séptimo artículo *(artículo 11)* excluye en principio, en materia de responsabilidad internacional de los Estados, la posibilidad de atribuir a un Estado, en virtud del derecho internacional, el comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado, es decir de personas que actúan en calidad de particulares, bien que reservando la posibilidad de atribuir al Estado, como fuente de responsabilidad internacional, la actitud adoptada por sus órganos con ocasión del comportamiento de esas personas. El octavo artículo *(artículo 12)* del capítulo II excluye la posibilidad de atribuir al Estado el comportamiento observado en su territorio o en otro territorio sujeto a su jurisdicción por un órgano de otro Estado que actúa en esa calidad, es decir no, como en la hipótesis prevista en el artículo 9, en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado territorial. El artículo 12 aclara no obstante que la no atribución al Estado territorial de los hechos previstos no excluye la atribución a ese Estado del comportamiento observado con ocasión del hecho de otro Estado y que deba ser considerado como hecho del Estado territorial en virtud de los artículos 5 a 10. El noveno artículo *(artículo 13)* excluye además la posibilidad de atribuir al Estado el comportamiento de un órgano de una organización internacional por el solo hecho de que ese comportamiento haya sido adoptado en el territorio de ese Estado o en otro territorio sujeto a su jurisdicción. El décimo artículo *(artículo 14)* excluye la posibilidad de atribuir al Estado el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional establecido en el territorio de ese Estado o en otro territorio sujeto a su jurisdicción. El artículo 14 puntualiza no obstante que la no atribución al Estado territorial de un hecho de un movimiento insurreccional que actúa en su territorio no excluye la atribución a ese Estado del comportamiento observado con acasión del hecho del movimiento insurreccional y que deba ser considerado como hecho del Estado territorial en virtud de los artículos 5 a 10. El artículo 14 aclara más adelante que la norma que en él se define no excluye la atribución del comportamiento del movimiento insurreccional al movimiento mismo en todos los casos en que ese movimiento goza, en las relaciones de que se trata, de una personalidad internacional que permite tal atribución. Finalmente, el undécimo y último artículo del capítulo II *(artículo 15)* contempla ante todo el caso en que un movimiento insurreccional se establece en cuanto nuevo gobierno de un Estado. El artículo prevé que en ese caso el comportamiento observado anteriormente por un órgano del movimiento insurreccional se considera como hecho del Estado; esto no excluye la atribución al mismo Estado de un comportamiento que anteriormente hubiere sido considerado como hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10. El artículo 15 prevé a continuación el caso en que un movimiento insurreccional da lugar con su acción a la creación de un nuevo Estado en una parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio antes sujeto a su jurisdicción y prevé que en ese caso el hecho del movimiento insurreccional se atribuye al nuevo Estado.

3) *La violación de una obligación internacional (capítulo III)*

49. Completado el estudio del capítulo relativo al elemento subjetivo del hecho internacionalmente ilícito, la Comisión se propone pasar, en su próximo período de sesiones, al *capítulo III* del proyecto, dedicado al examen de los distintos aspectos del elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito: la «violación de una obligación internacional». El Relator Especial, en su quinto informe, que está elaborando, examinará primero, en una sección dedicada a consideraciones preliminares análoga a la que figura en la primera sección del capítulo II, las cuestiones de orden general que se plantean respecto del segundo elemento constitutivo del hecho internacionalmente ilícito. A continuación de estas consideraciones, el Relator Especial estudiará especialmente la cuestión primordial de determinar si la fuente de la obligación jurídica internacional infringida (norma consuetudinaria, convención, fallo de la Corte Internacional de Justicia, laudo arbitral, decisión de un órgano encargado por un tratado de dictar normas jurídicas obligatorias para las partes, etc.) tiene o no efectos para la determinación de la violación como hecho internacionalmente ilícito. Seguidamente, se examinarán los diferentes problemas relacionados con la determinación de las distintas categorías de violaciones de obligaciones internacionales. En este contexto se planteará ante todo la cuestión esencial de si debe admitirse en la actualidad la existencia de una distinción basada, como se ha señalado antes, en la importancia que la obligación infringida tiene para la comunidad internacional y si hay que destacar asimismo, en el derecho internacional actual, una categoría distinta y más grave de hechos internacionalmente ilícitos que pueden eventualmente calificarse de delitos internacionales Habrá que examinar seguidamente las cuestiones que se

plantean respecto de lo que se ha llamado la irretroactividad de las obligaciones internacionales, es decir, el requisito de que la obligación cuya violación se denuncia debe haber estado en vigor en el momento en que se ha producido el hecho que realiza esa violación. Después se pasará a tratar diferentes caracteres de la infracción según que la obligación infringida sea de las que exigen expresamente una acción u omisión determinada (obligación de comportamiento) o bien de las que exigen, en general, que se alcance un resultado determinado, sin precisar por qué medios debe obtenerse ese resultado (obligación de resultado). En este contexto, el Relator Especial se propone examinar el valor del requisito llamado del agotamiento de los recursos internos, en particular por lo que respecta a la violación de determinadas obligaciones relativas al trato de particulares extranjeros. Otra cuestión que se planteará será la de la distinción que se ha de hacer entrel a violación de una obligación que exige del Estado un comportamiento determinado y la violación de una obligación que sólo exija velar por que no se produzca un acontecimiento determinado. Se examinarán, por último, las distintas cuestiones relativas a la determinación del *tempus commissi delicti* en relación con las distintas hipótesis y, en particular, con aquellas en que el hecho del Estado se traduce en una situación que tiene carácter de permanencia o que constituye la suma de una serie de comportamientos distintos y sucesivos.

4) *La participación de otros Estados en el hecho internacionalmente ilícito de un Estado (capítulo IV)*

50. Una vez resueltas las cuestiones esenciales relativas al elemento subjetivo (capítulo II) y al elemento objetivo (capítulo III) del hecho internacionalmente ilícito, todavía quedará por examinar en un capítulo ulterior del proyecto, el capítulo IV, ciertos problemas especiales que plantea la participación eventual de otros Estados en el hecho internacionalmente ilícito de un Estado determinado. En ese contexto, habrá que comenzar analizando la posibilidad de la atribución paralela, por concepto de instigación, participación o complicidad, de un hecho internacionalmente ilícito a más de un Estado con ocasión de una sola e idéntica situación concreta. Habrá que examinar luego las cuestiones relativas a la llamada «responsabilidad indirecta», es decir, la posibilidad de hacer a un Estado responsable, en determinadas circunstancias, de un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado.

5) *Las circunstancias que excluyen la ilicitud y las circunstancias atenuantes o agravantes (capítulo V)*

51. Otro capítulo, el capítulo V, dedicado a las circunstancias que excluyen la ilicitud, así como a las circunstancias atenuantes o agravantes, permitirá luego completar la primera fase del estudio de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. En el contexto de ese capítulo se procederá a examinar detalladamente, desde el punto de vista de una codificación de las normas generales aplicables a la responsabilidad internacional, tanto las cuestiones de orden general que se plantean respecto de la existencia de esas circunstancias, como las cuestiones más específicamente relacionadas con las diversas circunstancias que excluyen la ilicitud (fuerza mayor o caso fortuito, estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio legítimo de una sanción, consentimiento del Estado lesionado, etc.) admitidas en derecho internacional. También dentro de ese capítulo se procurarán definir las circunstancias que pueden tener por efecto, bien sea atenuar la ilicitud de la conducta del Estado, bien sea, por el contrario, agravarla. Terminado ese examen, habrá entonces que entrar en la segunda fase del plan de estudio antes mencionado, a saber, la referente al contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional.

B.—Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados [37]

52. El texto de los artículos 1 a 15, aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.º y 26.º y en el actual período de sesiones, así como el texto de los artículos 10 a 15 y los comentarios relativos a los mismos, aprobados por la Comisión en el actual período de sesiones, se reproduce seguidamente para conocimiento de la Asamblea General.

1. Texto de los artículos 1 a 15 aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.º, 26.º y 27.º

Capítulo primero

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1.—Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste.

Artículo 2.—Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito

Todo Estado está sujeto a la posibilidad de que se considere que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a su responsabilidad internacional.

Artículo 3.—Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando:

a) un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el derecho internacional al Estado, y

b) ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 4.—Calificación de un hecho del Estado de internacionalmente ilícito

El hecho de un Estado sólo podrá calificarse de internacionalmente ilícito según el derecho internacional. En tal calificación no influirá el que el mismo hecho esté calificado de lícito según el derecho interno.

[37] Como se ha indicado antes (párr. 33), el proyecto de artículos se refiere únicamente a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. La cuestión del título definitivo del proyecto será examinada por la Comisión ulteriormente.

CAPÍTULO II

EL «HECHO DEL ESTADO» SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

Artículo 5.—Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos

Para los fines de los presentes artículos se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.

Artículo 6.—No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado

El comportamiento de un órgano del Estado se considerará un hecho de ese Estado según el derecho internacional, tanto si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado.

Artículo 7.—Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público

1. Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad pública territorial de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.

2. Se considerará igualmente hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que esté facultada por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, ese órgano haya actuado en esa calidad.

Artículo 8.—Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado

Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si:

a) consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado, o

b) esa persona o ese grupo de personas ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas.

Artículo 9.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional

Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano que haya sido puesto a su disposición por otro Estado o por una organización internacional, siempre que ese órgano haya actuado en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado a la disposición del cual se encuentra.

Artículo 10.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad

El comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad pública territorial o de una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad.

Artículo 11.—Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

Artículo 12.—Comportamiento de órganos de otro Estado

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento que haya observado en su territorio, o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción, un órgano de otro Estado que actúe en esa calidad.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el previsto en dicho párrafo, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

Artículo 13.—Comportamiento de órganos de una organización internacional

No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción.

Artículo 14.—Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional establecido en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio bajo su administración.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el del órgano del movimiento insurreccional, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

3. Asimismo, el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución del comportamiento del órgano del movimiento insurreccional a ese movimiento en todos los casos en que tal atribución pueda hacerse según el derecho internacional.

Artículo 15.—Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado

1. El hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado se considerará hecho de ese Estado. No obstante, tal atribución se entenderá sin perjuicio de la atribución a ese Estado de un comportamiento que antes hubiera sido considerado hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

2. El hecho de un movimiento insurreccional cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado en una parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio bajo su administración se considerará hecho de ese nuevo Estado.

2. TEXTO DE LOS ARTÍCULOS 10 a 15 Y COMENTARIOS RELATIVOS A ELLOS APROBADOS POR LA COMISIÓN EN SU 27.º PERÍODO DE SESIONES

Artículo 10.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad

El comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad pública territorial o de una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional aunque, en el

caso de que se trate, el órgano se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad.

Comentario

1) En los artículos 5 y 7 del presente proyecto de artículos se ha previsto la atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, como fuente posible de responsabilidad internacional por su parte, del comportamiento de los órganos que forman parte del aparato del Estado propiamente dicho, así como de los órganos de las colectividades públicas territoriales o de otras entidades facultadas también por el derecho interno para el ejercicio de prerrogativas del poder público; ello, claro está, cuando se trate del comportamiento que las personas que componen esos órganos hayan observado en el ejercicio de su función de miembro del órgano y no en calidad de simples particulares. El presente artículo tiene por objeto puntualizar que ese comportamiento se atribuye al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional, incluso si sus autores han contravenido los preceptos del derecho interno concernientes a su actividad, como en el caso en que se han excedido en su competencia según el derecho interno o han contravenido las instrucciones recibidas. Esta norma no admite excepción, ni siquiera en caso de incompetencia manifiesta del órgano autor de los actos puestos en entredicho, o de que los otros órganos del Estado hayan desautorizado el comportamiento del órgano culpable.

2) De ello se desprende que, según el sistema adoptado por la Comisión, ningún comportamiento de los órganos del Estado o de las otras entidades mencionadas en el artículo 7 queda excluido de la atribución al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional. Sólo los actos de los seres humanos que componen tales órganos, realizados como actos de simples particulares, no son considerados como hechos del Estado, que pueden en cuanto a tales hacerle incurrir en responsabilidad internacional. En cambio, estos actos no pueden ser atribuidos nunca al Estado, aun cuando sus autores se hayan servido en el caso de que se trate de los medios —e inclusive las armas— puestos a su disposición por el Estado para el ejercicio de sus funciones. Los actos y omisiones cometidos con carácter puramente privado por personas que por lo demás tienen la calidad de órgano del Estado o de una colectividad pública territorial, o de otra entidad facultada para el ejercicio de las prerrogativas del poder público, son enteramente asimilables a las acciones y omisiones de las personas privadas de que trata el artículo 11.

3) La atribución o la no atribución al Estado del comportamiento de órganos que han actuado en su calidad oficial pero excediéndose en su competencia con arreglo al derecho interno o en contravención de las instrucciones recibidas o, de modo más general, en violación de los preceptos del derecho interno que en su acto estaban llamados a respetar, ha sido una de las cuestiones más debatidas por los internacionalistas. La Comisión, sin embargo, ha querido evitar dejarse arrastrar a discusiones de orden teórico y, sobre todo, dejarse influenciar por ciertas actitudes que se han adoptado y que se deben al hecho de asimilar erróneamente la situación en el plano del derecho internacional a la situación existente en el plano del derecho interno. Claro está que el derecho internacional presupone de hecho la organización interna del Estado tal como éste la establece; presupone en particular la existencia de normas de derecho interno que determinan la pertenencia de los diferentes órganos al aparato del Estado propiamente dicho o al de otras entidades que comparten con el Estado el ejercicio de prerrogativas del poder público. Pero eso es todo. Partiendo de ese supuesto, es el derecho internacional y sólo él el que determina en qué condiciones el comportamiento observado por tales órganos se atribuye al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional y puede engendrar una responsabilidad internacional que le incumbe. La calificación de cierto comportamiento de órganos como hecho del Estado para los efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de éste es totalmente independiente de la calificación de ese mismo comportamiento como hecho del Estado susceptible de engendrar en derecho interno una responsabilidad administrativa. Así, pues, para definir la norma enunciada en el presente artículo, la Comisión se ha basado una vez más en los datos que proporciona la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional, y ha tenido también presentes las exigencias de la vida internacional moderna.

4) Por lo que toca a los datos proporcionados por la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional, la Comisión estima no obstante necesarias ciertas puntualizaciones preliminares, a fin de evitar los errores de interpretación cometidos por algunos autores, que dan lugar a menudo a divergencias de opinión en la evaluación de los datos proporcionados por esa práctica y esa jurisprudencia. A este respecto, la Comisión quiere señalar que para poder afirmar que, en un caso determinado, se ha atribuido al Estado el comportamiento de un órgano que ha contravenido los preceptos del derecho interno concernientes a su actividad, no basta aducir como argumento que el Estado ha tenido que reparar finalmente en el plano internacional un daño del cual ese órgano haya sido el autor material. Hace falta, además, en caso de que se trate, tener la seguridad de que la responsabilidad internacional del Estado se ha hecho remontar efectivamente al comportamiento de tal órgano y de que el hecho atribuido al Estado como fuente de esa responsabilidad no ha sido más bien el comportamiento de otros órganos, acusados, por ejemplo, de no haber prevenido el hecho lesivo o de no haber castigado a su autor. Por añadidura, es preciso que el comportamiento del órgano que ha actuado excediéndose en su competencia o contraviniendo instrucciones recibidas no haya sido aprobado o confirmado luego por otros órganos que tienen el poder de corregir el vicio inicial. No cabe duda de que en tales casos debe tenerse al Estado por responsable, pero sí es dudoso que pueda hablarse entonces de responsabilidad por actos y omisiones «no autorizados» o contrarios al derecho interno. El comportamiento de que se trata, aunque *ex post facto*, ha sido legitimado. Tiene que asimilarse, pues, al comportamiento que *ab initio* estaba en consonancia con el derecho interno. A la inversa,

para negar que ha habido atribución al Estado, no basta observar que el Estado no ha sido tenido finalmente por responsable del comportamiento del órgano en el plano del derecho internacional. Para que quede comprometida la responsabilidad internacional de un Estado no basta que un comportamiento determinado pueda serle atribuido; es menester, además, que ese comportamiento represente la violación consumada de una obligación internacional. Ahora bien, ciertas obligaciones internacionales del Estado, en particular en materia de trato de extranjeros, no pueden considerarse como definitivamente infringidas mientras exista todavía en el plano del orden interno la posibilidad de obtener el restablecimiento de la situación de conformidad con tales obligaciones. El hecho, pues, de que un Estado o una instancia internacional rechacen una demanda de indemnización presentada por un Estado en favor de un nacional suyo víctima de un perjuicio por el hecho de un órgano incompetente, aduciendo que esa persona no ha hecho uso de tal posibilidad, no implica en modo alguno que se haya tenido la intención de excluir por principio que el Estado deba salir garante internacionalmente de los actos u omisiones de un órgano incompetente. Todo lo que el Estado o la instancia de que se trate han querido poner de manifiesto es que, por la inacción del particular lesionado, la existencia de una violación por el Estado de una obligación internacional no había quedado demostrada de modo definitivo [38].

5) Dicho esto, hay que reconocer que con el curso del tiempo la práctica de los Estados ha sufrido una evolución en la materia que examinamos. La práctica anterior a fines del siglo XIX no permitía llegar a conclusiones definitivas sobre el punto que nos interesa. No sólo habían sido sostenidas tesis diferentes por Estados diferentes, sino a veces también por el mismo Estado en ocasiones diferentes [39]. También ha ocurrido que un Estado se sirva de argumentos en parte contradictorios en el curso de un mismo asunto o que, después de haber enunciado un criterio, no lo haya utilizado a fondo [40]. A veces se tiene la impresión de que los servicios jurídicos de los gobiernos buscan a tientas una definición de los principios, sin tener siempre presentes criterios claros y precisos. Además, el léxico empleado crea a veces impresiones superficiales de las que sería aventurado extraer consecuencias precipitadas [41].

6) Hay declaraciones, no obstante, a las que hay que atribuir una importancia particular. Tal es el caso, por lo que respecta a la práctica de los Estados Unidos de América, de la posición adoptada por el Secretario de Estado Bayard en una nota dirigida al Sr. Clark el 17 de agosto de 1885 respecto del *Asunto de la American Bible Society*. Hay en ella el pasaje siguiente:

> [...] Es una regla de derecho internacional que los soberanos no pueden considerarse responsables, en procedimientos diplomáticos, de los daños causados a extranjeros por la conducta ilegal de funcionarios que actúan fuera del ámbito de su competencia no sólo real sino también aparente [42].

Poco tiempo después, el 14 de agosto de 1900, el Secretario de Estado Adee reprodujo la misma fórmula en su carta al Embajador de Italia en Wáshington, pero enlazándola abiertamente con la hipótesis de órganos subordinados [43]. Después se hará con frecuencia referencia a estas dos posiciones.

7) En la práctica europea de la segunda mitad del siglo XIX, el caso que parece más significativo, porque varios gobiernos se pronunciaron al respecto, es el de la controversia italo-peruana acerca de la reparación de los daños sufridos por ciudadanos italianos en el Perú como consecuencia de hechos realizados por las autoridades civiles y militares peruanas durante la guerra civil de 1894-1895. En una nota de fecha 26 de octubre de 1897, dirigida a los representantes de varios gobiernos extranjeros, entre ellos el Gobierno de Italia, el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, Sr. de la Riva-Agüero negó la existencia de una responsabilidad internaciona del Estado:

> [...] por los [daños] que causen los agentes de la autoridad en virtud de actos ajenos a sus atribuciones legales, si el Gobierno desaprueba y condena su conducta y somete al funcionario culpable al juicio correspondiente para hacer efectiva, conforme a la ley, la responsabilidad civil y criminal en que hubiera incurrido [...]. Dedúcese de todos los principios que dejo establecidos, que sólo afectan la responsabilidad del Estado y pueden, por tanto, ser materia de

[38] Hay que tener en cuenta además que existen sistemas jurídicos estatales que prevén recursos contra la propia administración, mientras que hay otros que admiten la posibilidad de un recurso personal contra el individuo-órgano acusado de haber actuado excediéndose en su competencia o contraviniendo el derecho interno. Pero también en ese caso la afirmación de que el particular lesionado habría debido dirigirse a los tribunales y exigir reparación del órgano culpable no significa en modo alguno que con ello se quiera asimilar el comportamiento del órgano que ha actuado excediéndose en su competencia al comportamiento de un particular.

[39] Por ejemplo, la actitud adoptada entonces por el Gobierno de Italia, tal como se desprende del Asunto Bartolozzi y del de los daños sufridos por algunos nacionales italianos en Chile, revela cierta vacilación. Sobre estos asuntos véase S.I.O.I. (Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale) — C.N.R. (Consiglio Nazionale delle Ricerche), *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana, 1970, 1.ª serie (1861-1887), vol. II, págs. 862 a 864.

[40] El caso del *Star and Herald* (Estados Unidos c. Colombia) puede ser citado en apoyo de estas consideraciones. Sobre este asunto, véase J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Wáshington (D. C.), U.S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, págs. 775 y ss.

[41] Por ejemplo, a primera vista se cree encontrar una actitud claramente contraria a la atribución al Estado, como fuente de responsabilidad, del hecho de órganos que han actuado en violación del derecho interno, en la carta dirigida el 11 de octubre de 1893 por el Sr. Tripp, Ministro de los Estados Unidos de América en Austria, a un Sr. Mix, súbdito estadounidense, quien, a lo que parece, se quejó de haber sufrido un atentado de parte de las autoridades austríacas [Estados Unidos, Department of State, *Foreign Relations of the United States*, Wáshington (D. C.) U.S. Government Printing Office, 1894, pág. 25]. Sin embargo, pensándolo bien, se cae en la cuenta de que ese caso ofrece un precedente en favor de la afirmación de la imposibilidad de alegar la existencia de una responsabilidad internacional del Estado mientras no se haya comprobado que no se ha podido obtener, por los medios internos disponibles, el cumplimiento de la obligación internacional. Pero siendo así, es mucho menos seguro que ese caso pruebe que el Estado no respondería en absoluto de los actos cometidos por funcionarios fuera de los límites de su competencia o en contradicción con las intrucciones relativas a su actividad.

[42] J. B. Moore, *A Digest... (op. cit.)*, pág. 743. Véase también la posición asumida por el mismo Secretario de Estado en 1885 respecto del Asunto Tunstall (*ibid.*, pág. 664). Se trataba de un caso en que se rechazaba la atribución de responsabilidad a los Estados Unidos de América, porque el acto lesivo había sido cometido en la práctica por un órgano que actuaba a título puramente privado.

[43] *Ibid.*, pág. 743.

reclamación diplomática, los daños y perjuicios causados a los extranjeros por actos contrarios a las estipulaciones de los tratados y, en defecto de éstos, al derecho de gentes, practicados por el Gobierno o sus agentes civiles y militares en el ejercicio de sus funciones, en virtud de orden suya o con su aprobación y, como he dicho en otro lugar, la denegación absoluta de justicia [44].

El Gobierno italiano expresó sus reservas respecto de los principios enunciados por el Sr. de la Riva-Agüero y pidió a los Gobiernos británico y español sus opiniones al respecto. El Gobierno británico se declaró de acuerdo con el Gobierno italiano:

[...] por considerar inadmisible la teoría de la no responsabilidad de los funcionarios del Estado por actos que no serían consecuencia de órdenes que su Gobierno les hubiese dado directamente [...] por consiguiente, todo gobierno debe considerarse siempre responsable de todos los actos cometidos por sus agentes en virtud de su calidad oficial [45].

El Gobierno expañol espresó la misma opinión:

El Gobierno de Su Majestad estima que los agentes del gobierno, cuando actúan en ejercicio de sus funciones, obligan a todo el gobierno, porque no hay medio de sustraerse a la acción de esos funcionarios fundada en la autoridad que ejercen. De ahí que el Gobierno de Su Majestad estime que deben indemnizarse los daños no justificados causados por agentes del gobierno en el ejercicio de sus funciones, hayan actuado o no con arreglo a órdenes de ese gobierno. De lo contrario, se terminaría por autorizar los abusos, pues en la mayoría de los casos no habría forma práctica de probar si el agente actuó o no con arreglo a órdenes recibidas [46].

El Ministro de Relaciones Exteriores de Italia suscribió el parecer de los gobiernos consultados [47] y dio instrucciones al representante de Italia en Lima en el sentido de que apoyara las reclamaciones de los ciudadanos italianos lesionados [48].

8) A medida que transcurre el siglo xx, se hace más evidente la admisión del principio básico de que el Estado debe reconocer como suyos, en el plano internacional, los actos de órganos que se han excedido en su competencia o han contravenido las instrucciones relativas a su actividad. Son significativas a este respecto las actitudes del Gobierno de los Estados Unidos de América, por una parte, y del Gobierno de Guatemala en el *Asunto Shine y Milligen* en 1907 [49] y el Gobierno de Cuba en el *Asunto Miller* en 1910 [50], por otra.

9) Fue sobre todo durante la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 cuando los gobiernos tuvieron ocasión de expresar su punto de vista sobre el problema de que nos estamos ocupando. El Sr. Guerrero, Presidente del Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones para la codificación progresiva del derecho internacional, en el informe del Subcomité sobre la responsabilidad de los Estados, preparado por él en 1926, sostenía aún la tesis de la no responsabilidad del Estado por los «actos contrarios al derecho internacional» cometidos por órganos que actúan fuera de sucompetencia según el derecho interno. A su juicio, esos actos no podían ser atribuidos al Estado. Pero esas conclusiones fueron rechazadas por la gran mayoría de los gobiernos. Así se desprende, en primer lugar, de las respuestas de los gobiernos al cuestionario que el Comité Preparatorio de la Conferencia les presentó en 1928. En el punto V, N.º 2, *b*, se preguntaba si el Estado es responsable en el caso de «actos realizados por funcionarios en el territorio nacional al amparo de su carácter oficial pero excediéndose en sus atribuciones». De los 19 Estados que respondieron por escrito sobre este punto sólo 3 lo hicieron negativamente; 5 no adoptaron una posición clara y los 11 restantes se pronunciaron decididamente por la responsabilidad del Estado [51]. Se dieron respuestas análogas al punto V, N.º 2, *c*, que se refería a «los actos ejecutados en un país extranjero por funcionarios como los agentes diplomáticos o los cónsules que actúan dentro de los límites aparentes de sus atribuciones, pero que en realidad se exceden de ellas» [52]. Las bases de discusión preparadas por el Comité reflejaron esas opiniones. En la base de discusión N.º 13 se afirmaba que

El Estado es el responsable del daño sufrido por un extranjero como resultado de actos de sus funcionarios, aun cuando éstos no estén facultados para ejecutarlos, si los funcionarios alegan que obran dentro de los límites de sus atribuciones [...].

Y en la base de discusión N.º 14 que

Los actos ejecutados en un país extranjero por funcionarios de un Estado [...] actuando dentro de los límites aparentes de sus atribuciones se reputan actos del Estado y, por lo mismo, pueden llevar aparejada la responsabilidad de éste.

Durante el debate en el Comité III de la Conferencia, algunos delegados propusieron que se suprimiera la base de discusión N.º 13 [53]. Otros, en cambio, se pronunciaron en favor de su mantenimiento. A raíz del debate, una propuesta encaminada a suprimir la base N.º 13 fue rechazada por 19 votos contra 13; el Sr. Guerrero retiró su propuesta de volver a la idea de la no responsabilidad, y la propuesta de adoptar la base N.º 13 con algunas enmiendas presentadas por la delegación suiza fue aprobada por 20 votos contra 6 y algunas abstenciones [54]. La base N.º 13 así adoptada fue remitida al Comité de Redacción, el cual preparó el texto siguiente, que pasó a ser el primer apartado del párrafo 2 del artículo 8

[44] Italia, *Archivio del Ministero degli Affari esteri italiano*, serie política P, N.º 43.

[45] El Sr. Ferrero, Embajador de Italia en Londres, al Sr. Visconti Venosta, Ministro de Relaciones Exteriores de Italia, 1.º de marzo de 1898 *(ibid.)*.

[46] Nota verbal del duque de Almodóvar del Río, 4 de julio de 1898 *(ibid.)*.

[47] Véase la opinión del Consejo de Asuntos Contenciosos Diplomáticos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia, de 19 de febrero de 1899 *(ibid.)*.

[48] El Sr. Canevaro al Sr. Pirrone, 11 de abril de 1899 *(ibid.)*.

[49] G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Wáshington (D. C.), U.S. Government Printing Office, 1943, vol. V, pág. 575.

[50] *Ibid.*, págs. 570 y 571.

[51] Véase Sociedad de las Naciones, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, tomo III: *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (documento C.75.M.69. 1929.V), págs. 75 y ss.; *Supplément au tome III* (documento C.75(a). M.69(*a*).1929.V), págs. 3, 16 y 17.

[52] Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit)*, págs. 78 y ss.; y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 3 y 17.

[53] La Conferencia no tuvo la posibilidad de examinar la base de discusión N.º 14, por falta de tiempo.

[54] Para los debates en la Conferencia, véase Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence sur la codification du droit international* (La Haya, 13 de marzo a 12 de abril de 1930), vol. IV, *Procès-verbaux de la Troisième Commission* [documento C.351(*c*).M.145(*c*). 1930.V], págs. 85 y ss.

del proyecto de artículos aprobado en primera lectura por el Comité III de la Conferencia:

El Estado incurre igualmente en responsabilidad internacional si el daño sufrido por un extranjero resulta de actos contrarios a las obligaciones internacionales del Estado ejecutados por sus funcionarios excediéndose en sus atribuciones pero al amparo de su carácter oficial [55].

10) Los criterios que predominaron en la Conferencia de 1930 no sufrieron cambios posteriormente. Una de las declaraciones más claras y más a menudo citadas por los autores se encuentra en la decisión adoptada en 1931 por la Court of Claims de los Estados Unidos de América en al *Asunto Royal Holland Lloyd* c. *Estados Unidos* [56]. Por otra parte, el principio de la atribución al Estado del comportamiento de sus órganos que han obrado contrariamente a las prescripciones del derecho interno siempre ha sido invocado por los Estados demandantes (por ejemplo, por los Estados Unidos de América en 1933 en el *Asunto Colom y Piris* [57] y por Bélgica en 1936 en el *Asunto Borchgrave* [58]) y ha sido aceptado incluso por los Estados demandados (véase la actitud de Bulgaria en el *Asunto del incidente aéreo del 27 de julio de 1955* [59] y la de Italia en 1965 en el *Asunto Mantovani* [60]).

11) Más aún que la práctica diplomática, la jurisprudencia internacional considerada en conjunto y sobre todo en su evolución sostiene resueltamente, a juicio de la Comisión, el principio básico de la atribución al Estado, en cuanto fuente de responsabilidad internacional, de los hechos de sus órganos que han actuado excediéndose en su competencia o contraviniendo las instrucciones recibidas. Esta jurisprudencia es incluso bastante abundante. Es verdad que ni a la Corte Permanente de Justicia Internacional ni a la Corte Internacional de Justicia se les ha ofrecido la ocasión de dictaminar sobre este problema, pero esta ocasión se ha presentado muchas veces a los tribunales y las comisiones de arbitraje y los laudos no faltan. Cabe hacer, sobre ellos, la misma observación que se ha hecho acerca de la práctica de los Estados: al pasar de una época más lejana a períodos más próximos a la nuestra, se advierte un indudable progreso en la claridad de las ideas y en la definición de los principios.

12) En el período que abarca toda la segunda mitad del siglo XIX, se observa que varios laudos arbitrales, aunque dictados en asuntos en los que probablemente los órganos habían actuado en violación de las disposiciones del derecho interno concernientes a su actividad, pasan en silencio la cuestión que nos interesa; en estos fallos se atribuye al Estado una responsabilidad internacional por el comportamiento de los funcionarios implicados, sin señalar si tales funcionarios se habían excedido o no en su competencia o si habían actuado o no en contra de las disposiciones que estaban obligados a observar, y sin tratar de determinar tampoco cuál había sido en el caso considerado la actitud de las autoridades superiores [61]. En los asuntos en que expresamente se planteó y se examinó esta cuestión, los criterios adoptados varían según los casos [62] y los considerandos de los fallos revelan a veces cierta confusión, de suerte que su interpretación no siempre es fácil [63].

13) Los fallos pronunciados por las diferentes comisiones mixtas en los «arbitrajes venezolanos» de 1903 representan en cierto modo el nexo entre la jurisprudencia del siglo XIX, que se distingue por sus múltiples incertidumbres, y la del siglo XX, que se orientará uniformemente hacia esta atribución al Estado del comportamiento de los órganos que actúan en calidad de tales pero en contra de las disposiciones del derecho interno. En ninguno de esos fallos aparece ya la idea de que la acción de un funcionario, aunque sea subalterno, que ha actuado en calidad de órgano pero excediéndose en su competencia o contraviniendo las instrucciones recibidas, debe ser asimilada a la acción de un simple particular. Es cierto que, algunas veces, el árbitro, para dejar sentada la responsabilidad del Estado, invoca todavía el argumento de que, en ese caso particular el gobierno habría aprobado implícitamente, si no querido expresamente el comportamiento del órgano dependiente de él. Tal es el caso del fallo pronunciado

[55] *Ibid.*, pág. 238.

[56] «[...] a los Estados Unidos corresponde lo que se ha descrito como una «responsabilidad amplia, ilimitada, no sujeta a restricciones e indirecta» por los actos de sus funcionarios administrativos y de sus fuerzas militares y navales [...]. En sus relaciones internacionales los gobiernos son responsables por los actos de sus funcionarios autorizados, y si esos actos son equivocados o ilícitos, el gobierno mismo incurre en responsabilidad por las consecuencias del error o la falta» [*American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 26, N.º 2 (abril de 1932), pág. 410].

[57] G. H. Hackwoorth, *op. cit.*, pág. 570.

[58] *C.P.J.I.*, serie C, N.º 83, págs. 23 y 55 (Affaire Borchgrave, memoria del Gobierno belga).

[59] Véase en particular el texto de la nota búlgara del 4 de agosto de 1955 al Gobierno israelí en *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 du juillet 1955* (Israel *c.* Bulgaria; Estados Unidos de América *c.* Bulgaria; Reino Unido *c.* Bulgaria), pág. 14; y el texto de la nota, idéntica y de la misma fecha, al Gobierno de los Estados Unidos, en M. Whiteman, *Digest of International Law*, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1967, vol. VIII, pág. 892.

[60] *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, tomo XXXVI, N.º 3 (julio-septiembre de 1965), pág. 835.

[61] Véanse, por ejemplo, los laudos dictados en los asuntos del buque *Only Son* [J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1898, vol. IV, págs. 3404 y 3405], del *William Lee* (*ibid.*, págs. 3405 y ss.), y Donoughho (*ibid.*, vol. III, págs. 3012 y ss.).

[62] Por ejemplo, en el laudo dictado en el Asunto del barco *Matilda A. Lewis* por la Comisión de reclamaciones angloestadounidense, creada por el Tratado de 8 de mayo de 1871, se aplicó el principio de que el Estado debe asumir la responsabilidad de las decisiones de funcionarios subalternos, aunque hayan sido adoptadas en violación de las disposiciones del derecho interno o interpretándolas equivocadamente (*ibid.*, págs. 3019 y ss.). Por el contrario, en el laudo relativo al Asunto Gadino, dictado el 30 de septiembre de 1901 por el árbitro designado en virtud del Convenio italoperuano del 25 de noviembre de 1899, se asimiló totalmente la acción realizada ilegalmente por funcionarios subalternos a la de simples particulares y se afirmó que no podía haber responsabilidad del Estado más que en caso de que éste no hubiera recurrido a los medios de que disponía para impedir la acción ilegal o no hubiera castigado a sus autores (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV [publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 66.V.3], pág. 415).

[63] Véase, por ejemplo, el laudo dictado el 19 de marzo de 1864 por la Comisión Arbitral creada en 1863 por Francia y la Argentina para dirimir el Asunto Lacaze (A. de Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, Pedone, 1923, tomo II, págs. 297 y 298) y el fallo de la Comisión Mixta Gran Bretaña/Venezuela, establecida en virtud de la Convención de 5 de diciembre de 1885, relativo al Asunto del buque *William Yeaton* [J. B. Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. III, págs. 2946 y 2947].

en el *Asunto de la Compagnie générale des asphaltes de France* [64]. Pero, en otros fallos, se adopta una posición diferente. Así ocurre, por ejemplo, en el fallo relativo al *Asunto Maal*. Al condenar a Venezuela a pagar una indemnización por los malos tratos infligidos por la policía al nacional holandés Maal, el superárbitro Plumley señaló que no había ninguna dificultad en reconocer que esos malos tratos se habían causado sin conocimiento de las altas autoridades del Gobierno, pero, hizo observar,

> el Gobierno debe considerarse responsable de los actos cometidos por sus subordinados en ejercicio de sus funciones, por odiosos que sean tales actos [65].

Hay finalmente fallos, como el recaído en el *Asunto Metzger* [66], en los que se condenó al Estado a pagar una indemnización pecuniaria aunque ya había castigado al órgano culpable. Algunos años más tarde, el laudo dictado el 7 de diciembre de 1916 en el *Asunto La Masica* por el rey de España Alfonso XIII enunciaba expresamente el principio de que el Estado debía responder del hecho de sus órganos aunque éstos hubiesen actuado en violación de las disposiciones del derecho interno [67].

14) Pero los fallos verdaderamente importantes y significativos, que constituirán en cierto modo el término de la evolución y del afinamiento progresivo del pensamiento jurídico con relación al problema examinado, aparecerán en la jurisprudencia arbitral en el decenio de 1920. Dos laudos, sobre todo, el primero dictado el 23 de noviembre de 1926 en el *Asunto Youmans* por la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos de América/México, creada por el Convenio de 8 de septiembre de 1923, y el segundo dictado el 7 de junio de 1929 en el *Asunto Caire* por la Comisión de Reclamaciones Francia/México, establecida en virtud del Convenio de 25 septiembre de 1924, ofrecen una formulación precisa, detallada y virtualmente definitiva de los principios aplicables.

En el primer asunto, la Comisión tenía que determinar si el Gobierno mexicano debía responder, a efectos de responsabilidad internacional, de la acción de un destacamento de 10 soldados y el oficial que los mandaba, los cuales, habiendo sido enviados a Angangueo con instrucciones de proteger a determinados nacionales norteamericanos amenazados por los disturbios, en vez de ejecutar las órdenes recibidas, habían disparado contra uno de los extranjeros, al que mataron, y luego habían tomado parte, junto con la multitud desenfrenada, en la matanza de otros dos. La Comisión, presidida por Van Vollenhoven, condenó al gobierno demandado a reparar el daño y motivó su fallo en las consideraciones siguientes:

> [...] no creemos que la participación de los soldados en el asesinato de Angangueo pueda ser considerada como un acto cometido por soldados a título privado, cuando es evidente que, en el momento en que se cometió ese acto, los hombres estaban de servicio bajo la supervisión directa del oficial que los mandaba y en su presencia. Los soldados que causan lesiones a personas o que cometen actos crueles de destrucción o de pillaje obran siempre desobedeciendo ciertas normas dictadas por la autoridad superior. Jamás podría haber responsabilidad por tales fechorías si se adoptara el punto de vista de que todos los actos cometidos por soldados en contra de sus instrucciones siempre deben ser considerados actos cometidos a título personal [68].

En el asunto *Caire* se trata del asesinato de un nacional francés cometido por dos oficiales mexicanos. Ante la negativa de la víctima a entregarles la suma de dinero que le pedían, los oficiales condujeron al Sr. Caire al cuartel de la localidad y lo fusilaron. La Comisión falló

> [...] que los dos oficiales, aunque deba presumirse que actuaron fuera de su competencia [...] y aunque sus superiores dieron una contraorden, comprometieron la responsabilidad del Estado, puesto que se ampararon en su condición de oficiales y se sirvieron de los medios puestos a su disposición por tal concepto.

Este fallo fue la conclusión de un largo razonamiento del Presidente de la Comisión, Verzijl, quien declaró, entre otras cosas:

> [...] Considero [...] perfectamente correctas [las teorías que] tienden a imponer al Estado, en materia internacional, la responsabilidad por todos los actos cometidos por sus funcionarios u órganos que constituyen actos delictivos desde el punto de vista del derecho de gentes, independientemente de que el funcionario o el órgano haya actuado dentro de los límites de su competencia o fuera de ellos [...].
>
> [...] el hecho de que un funcionario se exceda en su competencia no exime al Estado de su responsabilidad internacional, siempre que ese funcionario se haya valido de su calidad oficial, y la no responsabilidad del Estado se reduce al caso de que el acto no haya tenido ninguna relación con la función oficial y no haya sido, en realidad, más que un acto de un particular [69].

15) La opinión de los autores de derecho internacional sigue históricamente una evolución paralela a la que se señala en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia internacional. Los autores más antiguos, sobre todo a causa de las dificultades de orden teórico que experimentaban para atribuir al Estado en el plano del derecho internacional un comportamiento que no le era imputable según el derecho interno, asimilaban el comportamiento de los órganos que habían actuado en su calidad oficial pero excediendo su competencia al comportamiento de personas privadas. Según estos autores, una responsabilidad del Estado con relación a tal comportamiento sólo sería concebible en el caso en que los órganos superiores hubieran sido en alguna forma «cómplices» de actos reprensibles o en que por lo menos no hubieran hecho todo lo posible para impedirlos, no los hubieran desautorizado, no hubieran castigado a los autores [70]. Como resultado de aclaraciones hechas

[64] Laudo dictado por la Comisión mixta Gran Bretaña/Venezuela, establecida en virtud de los Protocolos de 13 de febrero y 7 de mayo de 1903 [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 59.V.5), pág. 396].

[65] Laudo dictado por la Comisión mixta de reclamaciones Países Bajos/Venezuela, establecida por el Protocolo de 28 de febrero de 1903 [*ibid.*, vol. X (N.º de venta: 60.V.5), págs. 732 y 733] (traducción del inglés).

[66] Laudo dictado por la Comisión mixta de reclamaciones Alemania/Venezuela, establecida por los Protocolos de 13 de febrero y 7 de mayo de 1903 (*ibid.*, págs. 417 y 418).

[67] *Ibid.*, vol. XI (N.º de venta: 61.V.4), pág. 560.

[68] *Ibid.*, vol. IV (N.º de venta: 1951.V.1), págs. 115 y 116. La Comisión tuvo luego repetidas ocasiones de aplicar los principios definidos en el Asunto Youmans. Véanse, en especial, los fallos relativos a los Asuntos Mallén (*ibid.*, págs. 176 y ss.), Stephens (*ibid.*, págs. 267 y 268) y Way (*ibid.*, págs. 400 y 401).

[69] *Ibid.*, vol. V (N.º de venta: 1952.V.3), págs. 529 y ss.

[70] Véase, por ejemplo, Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 5.ª ed., París, Guillaumin, tomo 3, págs. 135 y 136; F. Despagnet, *Cours de droit international public*, 3.ª ed., París, Larose

posteriormente en cuanto a la necesidad de distinguir claramente según que la atribución al Estado de los actos y omisiones de los órganos se haga en el plano interno o en el plano internacional, se verá desaparecer la oposición a la idea de considerar esos actos como «hechos del Estado». Al mismo tiempo, conforme se van haciendo más claras y sistemáticas la práctica y la jurisprudencia internacionales, los internacionalistas modernos han llegado casi por unanimidad [71] a considerar como indiscutible que los actos u omisiones de los órganos del Estado, ya sea que se ajusten a las normas de derecho que rigen su conducta o que contravengan esas disposiciones, deben ser considerados actos del Estado en el plano de las relaciones jurídicas interestatales [72].

16) En cuanto a los proyectos de codificación, sólo las «conclusiones» del «informe Guerrero» de 1926, entre los textos elaborados con los auspicios de organismos oficiales, excluían la posibilidad de hacer responsable al Estado por hechos de sus órganos que hubieran excedido los límites de su competencia según el derecho interno. Se ha visto que las bases de discusión N.os 13 y 14 elaboradas en 1929 por el Comité Preparatorio de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930 y el artículo 8, párrafo 2, primer inciso, del proyecto adoptado en 1930 en primera lectura por el Comité III de esa Conferencia enunciaban claramente el principio contrario. El párrafo 2 del artículo 12 del anteproyecto revisado de F. V. García Amador, de 1961, preveía que:

> También habrá lugar a la imputación cuando el órgano o funcionario haya actuado excediendo su competencia, pero al amparo de su posición oficial [73].

En cuanto a los proyectos elaborados por instituciones privadas, el preparado en 1926 por la Asociación Japonesa de Derecho Internacional y el preparado en 1929 por la Harvard Law School contienen disposiciones que no son enteramente claras [74]. Todos los demás aceptan expresamente como principio fundamental en la materia la posibilidad de atribuir al Estado, en cuanto fuente de responsabilidad internacional, el comportamiento de órganos suyos que hayan actuado en su carácter oficial, aun cuando en el caso de que se trate no fueran competentes con arreglo al derecho interno, hubieran contravenido las instrucciones recibidas, etc. (véase el artículo 1, párrafos segundo y tercero, del proyecto adoptado en 1927 por el Instituto de Derecho

et Tenin, 1905, pág. 564. L. Oppenheim [*International Law: A Treatise*, 8.ª ed. (Lauterpacht), Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, págs. 337 y 338, 362 y 363] asimilaba también a los particulares y a los órganos incompetentes y hablaba en los dos casos de responsabilidad indirecta («vicarious») del Estado. Pero en el caso de los órganos incompetentes, concebía esta responsabilidad como «amplia» y «no limitada», es decir, en el sentido de que existía siempre, fuera cual fuera la actitud de los otros órganos del Estado.

[71] Entre los escasos internacionalistas modernos que mantienen que el Estado no es responsable de los actos que realizan los órganos que se exceden en sus atribuciones, véanse R. Quadri, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padua, CEDAM, 1935, págs. 199 y ss.; y D. B. Levin, *Otvetstvennost gosudarstv v sovremennom mejdunarodnom prave*, Moscú, Mejdunarodnye otnotcheniya, 1966, págs. 75 y ss. Según E. M. Borchard (*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, Nueva York, Banks Law Publishing, 1928, págs. 185 y ss., y 189 y ss.), el Estado debe responder de los actos ilícitos de sus órganos «superiores» incompetentes, pero no de los actos de sus órganos «subalternos» incompetentes.

Otros autores, aunque se adhieran a la tesis de que el Estado responde internacionalmente del comportamiento de sus órganos en violación del derecho interno, no se expresan claramente o tienen dudas en cuanto a la posibilidad de atribuir ese comportamiento al Estado. Véase en particular Ch. de Visscher, «Notes sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d'après quelques documents récents», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. VIII, N.º 3, págs. 253 y 254; L. Strisower, informe sobre «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, París, vol. 33, t. I, págs. 457, 460 y 461; A. V. Freeman, «Responsability of States for unlawful acts of their armed forces», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1955-II*, Leiden, Sijthoff, 1956, t. 88, pág. 290; I. von Münch, *Das völkerechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerechtsgemeinschaft*, Francfort del Meno, Keppler, 1963, págs. 181 y 182 (asimismo págs. 150 y 151); D. W. Greig, *International Law*, Londres, Butterworth, 1970, págs. 434 y ss.

[72] Entre los muchos autores que se adhieren a este principio, véanse: C. Eagleton, *The Responsability of States in International Law*, Nueva York, New York University Press, 1928, pág. 57, D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4.ª ed., Padua, CEDAM, 1955, vol. I, págs. 387 y 388, J. G. Starke, «Imputability of international delinquencies», *The British Year Book of International Law, 1938*, Londres, vol. 19, págs. 109 y ss; R. Ago, «Le délit international», *Recueil des cours..., 1939-II*, París, Sirey, 1947, tomo 68, págs. 469 y ss.; R. Monaco, «La responsabilità internazionale dello Stato per fatti degli individui», *Rivista di diritto internazionale*, Roma, año XXXI, 3.ª serie, vol. XVIII, fasc. 1 y 2-3, 1939, págs. 22 y ss; K. Furgler, *Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten unter besonderer Berücksichtigung der Haager Kodifikationskonferenz, sowie der Praxis der Vereinigten Staaten und der Schweiz*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1948, págs. 25 y 26; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, págs. 201 y ss.; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Ginebra, Georg, 1954, t. II, págs. 5 y ss.; P. Reuter «La responsabilité internationale», *Droit international public* (curso), París, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, págs. 87 y ss.; G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, t. III, pág. 182; T. Meron, «International responsability of States for unauthorized acts of their officials», *The British Yearbook of International Law, 1957*, Londres, vol. 33, 1958, págs. 88, 93 y ss., 113 y 114; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, vol. I, págs. 615 y ss.; H. Accicoly «Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence», *Recueil des cours..., 1959-I*, Leiden, Sijthoff, 1960, t. 96, págs. 360 y ss.; J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, págs. 119 y 120; C. F. Amerasinghe, «Imputability in the Law of State responsability for injuries to aliens», *Revue égyptienne de droit international*, El Cairo, vol. 22, 1966, págs. 104 y ss., E. Jiménez de Aréchaga, «International Responsability», *Manual of Public International Law*, ed. por Sørensen, Londres, MacMillan, 1968, págs. 548 y ss., C. G. Ténékidès, «Responsabilité internationale», *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1969, vol. II, págs. 786 y 787, P. Kuris, *Mezhdunarodnye pravanarushenia i otvetstvennost gosudarstva*, Vilnus, Mintis, 1973, págs. 190 y ss.; P. A. Steiniger, «Die allgemeinen Voraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten», *Wissenschaftliche Zeitschrift des Humboldt-Universität zu Berlin*, Gesellschafts-und Sprachwissenschaftliche Reihe, Berlín, vol. XXII, N.º 6, 1973, págs. 447 y 448.

[73] *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 53, documento A/CN.4/134 y Add. 1, adición.

[74] El proyecto japonés prevé en su artículo 1 la responsabilidad del Estado por lo que hagan sus órganos «en el cumplimiento de sus funciones oficiales»; parecería pues admitir implícitamente tal responsabilidad incluso por una conducta que sea contraria a las disposiciones del derecho interno. El segundo prevé en su artículo VII, apartado *a*, una responsabilidad del Estado por la conducta de todo alto funcionario «en el ejercicio de sus funciones» (en el texto original inglés «*within the scope of their office or function*»).

Internacional [75], el artículo 2 del proyecto de K. Strupp en 1927 [76], el artículo primero, párrafo 4, del proyecto preparado por la Asociación Alemana de Derecho Internacional en 1930 [77], el artículo primero del proyecto preparado por A. Roth en 1932 [78], el artículo 15 del proyecto elaborado en 1961 por la Harvard Law School[79], el párrafo 169 del *Restatement of the Law* preparado en 1965 por el American Law Institute [80], y el artículo 3 del proyecto preparado en 1973 por B. Gräfrath y P. A. Steiniger [81]).

17) La Comisión no cree que se deba volver a poner a discusión el criterio básico que se ha afirmado en la práctica diplomática y en la jurisprudencia internacional de este siglo, a saber, el criterio de la atribución al Estado, en cuanto sujeto de derecho internacional, de las acciones y omisiones de sus órganos que hayan actuado en su calidad de tales, incluso cuando esos órganos hayan contravenido prescripciones del derecho interno concernientes a sus actividades. Responde a los requisitos de claridad y seguridad en las relaciones internacionales que parecen dominar la vida internacional moderna. En el plano del derecho internacional, el Estado debe reconocer que es él quien actúa cada vez que personas a las que ha encargado que actuaran en su nombre en un determinado sector de actividad parecen actuar efectivamente en su nombre, y cuando esas personas, al hacerlo, se exceden en los límites formales de su competencia según el derecho interno o contravienen prescripciones que emanan de la ley, de ordenanzas administrativas o de instrucciones internas dictadas por sus superiores, esas personas actúan, aunque sea indebidamente, dentro de la esfera del desempeño de sus funciones. El Estado no puede escudarse en la consideración de que, según las disposiciones de su ordenamiento jurídico, esa conducta no hubiera debido seguirse o hubiera debido ser diferente. Sea como fuere, los actos se han cometido y, por tanto, el Estado tiene que salir garante de ellas y soportar las consecuencias previstas por el derecho internacional.

18) A juicio de la Comisión, hay otra razón importante para que deba aceptarse el principio mencionado. Si se admitiera el principio contrario —a saber, el de atribuir solamente al Estado el comportamiento observado por sus órganos de conformidad con las disposiciones del derecho interno— se terminaría por brindar al Estado una salida demasiado fácil para sustraerse a su responsabilidad internacional. En efecto, al Estado demandante le será a menudo muy difícil, por no decir casi imposible, probar que el órgano del Estado demandado no ha infringido el derecho interno de éste y, sobre todo, probar que el órgano ha actuado basándose en órdenes de sus superiores, o más aún, que aun cuando haya sido oficialmente desautorizado, el comportamiento observado ha obedecido en realidad a los deseos de los otros órganos del Estado.

19) La Comisión ha examinado las razones por las cuales los Estados se han opuesto en otra época a la aplicación del principio enunciado en el presente artículo. Ha comprobado a este respecto que algunos Estados, en particular los Estados latinoamericanos, se han opuesto a dicho principio porque consideraban que otros Estados no les trataban en condiciones de igualdad y que estaban continuamente expuestos a injerencias de Potencias extranjeras en sus asuntos internos. De ahí que pareciera a esos Estados que un medio de evitar tal situación quizás fuera reducir el número de casos en que cabría atribuirles una responsabilidad internacional. Ahora bien, a juicio de la Comisión, esas motivaciones han dejado hoy en día de ser valederas. Por una parte, la situación ha evolucionado mucho en las relaciones entre los Estados; por otra parte, y sobre todo, los Estados se han dado cuenta de que la lucha por una mayor igualdad real entre los Estados no podía llevarse a cabo esforzándose por reducir el número de casos en que cabía alegar la responsabilidad de los Estados, ya que con ello se reduciría también el número de casos en que cabría invocar la responsabilidad de los Estados fuertes al mismo tiempo que el de los casos en que se podía atribuir una responsabilidad a los Estados débiles. La acción había más bien de realizarse en el plano de la modificación de las reglas «primarias» que establecen las obligaciones de los Estados cuya violación entraña una responsabilidad internacional.

20) Otra razón por la que anteriormente ciertos Estados se han opuesto al principio enunciado ha sido el temor de que se les tenga por responsables en el plano del derecho internacional tan pronto como un órgano (y en particular un órgano inferior) cause un daño a un extranjero infringiendo únicamente el derecho interno del Estado. Según la Comisión, este temor tampoco está fundado. En modo alguno se desprende del principio enunciado por la Comisión que un comportamiento de esta índole constituya un hecho internacionalmente ilícito del Estado, en cuanto fuente de responsabilidad internacional. Para que haya responsabilidad internacional, es necesario que el comportamiento que puede atribuirse al Estado constituya la violación de una obligación internacional de este último. Si lo que se ha vulnerado es sólo el derecho interno, el comportamiento de que se trata representará un hecho del Estado, pero no un hecho «internacionalmente ilícito» de ese Estado. La situación podrá presentarse bajo otro aspecto el día en que el extranjero lesionado haya intentado obtener la reparación del daño sufrido acudiendo a los medios puestos a su disposición por el ordenamiento jurídico interno del Estado y se haya tropezado, por ejemplo, con una «denegación de justicia». Pero el hecho internacionalmente ilícito del Estado

[75] Según ese texto, la responsabilidad del Estado

«[...] existe tanto si sus órganos han actuado conforme a la ley o a la orden de una autoridad superior como si han actuado en contravención de ellas. Existe igualmente esa responsabilidad cuando tales órganos se exceden en su competencia, al amparo de su carácter de órganos del Estado y valiéndose de los medios que, con ese título, tienen a su disposición.» (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, apéndice 8.)

[76] *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 158, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo IX.

[77] *Ibid.*, pág. 156, anexo VIII.

[78] *Ibid.*, pág. 159, anexo X.

[79] *Ibid.*, pág. 152, anexo VII.

[80] *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 206, documento A/CN.4/217/Add.2.

[81] *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin (op. cit.)*, pág. 467.

estará constituido entonces por la violación cometida por órganos judiciales de la obligación internacional de dar acceso a los extranjeros a las vías de la justicia y no por el comportamiento lesivo observado inicialmente por otro órgano en violación solamente de la ley interna.

21) Habiendo establecido así que no hay ninguna razón válida que se oponga hoy a la adopción del principio básico en la materia, la Comisión se preguntó si había o no lugar a fijar limitaciones a ese principio. Advirtió a este respecto que buen número de autores así como de proyectos de codificación, bien que adhiriéndose al principio mencionado, habían preconizado fórmulas diversas encaminadas a restringir el alcance del principio en los casos extremos. Se echa de ver también la adopción de actitudes de este tipo —aunque más raramente— en la correspondencia diplomática y en las sentencias internacionales.

22) Ciertos autores de obras científicas o de proyectos de codificación han propuesto que se utilice al efecto la noción de *competencia general* [82]: el comportamiento de un órgano sólo podría atribuirse internacionalmente al Estado en el caso de que ese órgano se haya mantenido, al actuar, dentro del «ámbito general de su competencia» o dentro del «ámbito general de sus funciones». A juicio de la Comisión, tal noción no sólo es vaga, sino que es además inexacta. O bien el órgano es competente con arreglo al sistema jurídico al que pertenece, o bien no lo es: no hay competencia «general» o «genérica», por contraposición a competencia «específica». Todavía más falso sería imaginar una «competencia general» que fuera atribuida por el derecho internacional ahí donde el derecho interno la niega. No procede pues aceptar una limitación así formulada.

23) Otros internacionalistas y otros proyectos de codificación han recurrido al criterio del *empleo de los medios propios de la función* [83]. Este criterio ha sido incluso mencionado a veces en las posiciones adoptadas por los gobiernos [84] y en las sentencias internacionales [85]. Si se aplicara, el comportamiento del órgano que ha actuado en calidad de tal, pero contrariamente a los preceptos del derecho interno concernientes a su actividad, sólo podría atribuirse internacionalmente al Estado si el órgano se hubiera servido de medios puestos a su disposición por el Estado para la realización de sus funciones. Parece, no obstante, que la aplicación de este criterio podría conducir a conclusiones inaceptables. Así, el Estado, que tendría que asumir la responsabilidad por el hecho de un policía que, infringiendo las instrucciones recibidas, diera muerte a un extranjero confiado a su custodia valiéndose del arma de que le ha dotado el Estado, quedaría libre de responsabilidad si el mismo hecho fuera cometido utilizando para ese fin el arma de un particular, o si el mismo policía dejara ejecutar el homicidio por ese particular [86].

---

[82] El artículo 2 del proyecto preparado en 1927 por K. Strupp indicaba que la responsabilidad del Estado no se disminuía ni desaparecía por el hecho de que el órgano se hubiera «excedido en sus atribuciones», siempre que dicho órgano hubiera tenido «competencia general para realizar ese acto». De conformidad con el artículo primero del proyecto preparado por A. Roth en 1932, el Estado era considerado responsable por los actos «cometidos por cualquier persona natural o jurídica a la que haya encargado el desempeño de funciones públicas, siempre que dichos actos estén comprendidos en el ámbito general de la jurisdicción de tal persona». Según el comentario al párrafo *a* del artículo 7 del proyecto preparado por la Harvard Law School, la fórmula utilizada en esa cláusula atribuía al Estado la responsabilidad del daño causado a un extranjero por una de sus autoridades superiores en la medida en que ésta hubiera actuado «en el ámbito general de su empleo o de sus funciones» [véase Harvard Law School, Research in International Law, Cambridge (Mass.), 1929, págs. 162 y 163]. En cuanto a los autores de obras científicas, cabe recordar que J. G. Starke (*loc. cit.*, pág. 110), habla de «competencia general» («general competence»); y Ch. Fenwick (International Law, 3.ª ed. rev. y aum., Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1948, pág. 291) de «esfera general de competencia». Dahm (*op. cit.*, pág. 182) menciona los actos de órganos estatales contrarios al derecho interno pero que «de todas maneras corresponden a la esfera general de la competencia atribuida al órgano» o que objetivamente guardan relación con las actividades funcionales del órgano.

[83] La fórmula «al amparo de su carácter de órganos del Estado y valiéndose de los medios que, con ese título, tienen a su disposición» fue la adoptada en el párrafo 3 del artículo 1 del proyecto aprobado en 1927 por el Instituto de Derecho Internacional. El párrafo 4 del artículo primero del proyecto preparado en 1930 por la Asociación Alemana de Derecho Internacional utilizaba los términos «siempre que dé a entender que actúa con carácter oficial y utilice los cauces oficiales». Algo diferente es la fórmula propuesta por de Visscher (*loc. cit.*, pág. 253). Para el internacionalista belga la responsabilidad del Estado «se admite generalmente, por lo menos [...] cuando el acto perjudicial ha sido cometido al amparo de la autoridad o de la fuerza material de que el funcionario culpable dispone debido a sus funciones». Otros internacionalistas como Reuter (*loc. cit.*, pág. 88) están de acuerdo con esta fórmula.

[84] Las respuestas de Bélgica y Finlandia a la pregunta hecha en el punto V, N.º 2 *b*, de la solicitud de información del Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930 se inspiraban claramente en ese modelo. La primera decía lo siguiente:

> «La responsabilidad del Estado existe si el funcionario se ha servido de los medios puestos a su disposición en su carácter de órgano.» [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, págs. 75 y 76.]

[85] En el fallo dictado en el Asunto Caire, mencionado en el párrafo 14 *supra*, se indicaba que el acto de los oficiales incompetentes con arreglo al derecho interno había comprometido la responsabilidad del Estado «porque se ampararon en su condición de oficiales y se sirvieron de los medios puestos a su disposición por esa razón». Se decía, además, que «para poder admitir esta responsabilidad [...] del Estado por los actos cometidos por sus funcionarios u órganos más allá de los límites de su competencia, es preciso que hayan obrado al menos aparentemente como funcionarios u órganos competentes o que hayan hecho uso de facultades o medios propios de su condición oficial».

[86] Fs de señalar que no está claro si, en las posiciones que se han adoptado y a las que se ha aludido en las notas precedentes, la referencia a la noción de empleo de los medios propios de la función debe servir para establecer una distinción en el marco de los comportamientos que los órganos del Estado han observado en calidad de órganos o bien para distinguir los comportamientos que los órganos han observado en el ejercicio de sus funciones de órganos en comparación con comportamientos que han observado con carácter puramente privado y sin relación con su pertenencia al aparato del Estado. En todo caso, a juicio de la Comisión, no cabe acudir a la noción de empleo de los medios propios de la función ni siquiera para esa segunda distinción. Por una parte, el empleo de los medios propios de la función es ciertamente un indicio, pero un indicio insuficiente del hecho de que el órgano ha actuado en calidad oficial. Piénsese en el caso de un policía que, fuera de actos de servicio, a raíz de una disputa personal con un extranjero, da muerte a éste, valiéndose del arma de que está dotado. El hecho sigue siendo de todos modos un acto privado del policía. Por otra parte, el hecho de que el órgano no haya empleado los medios propios de la función no constituye una prueba suficiente para afirmar que el órgano ha actuado en calidad de simple particular. En el caso en que un órgano omite realizar un acto al cual venía obligado (por ejemplo, omite proteger la vida de un jefe de Estado extranjero en visita oficial en el país), no emplea evidentemente los medios propios de la función, pero su comportamiento no obstante guarda relación con su actividad oficial.

24) Con objeto igualmente de limitar el alcance del principio, varios internacionalistas y diversos proyectos de codificación han utilizado el concepto de *incompetencia manifiesta* [87] o, a la inversa, el de *competencia aparente* [88]. Se ha visto que estos conceptos han sido utilizados también en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia internacional [89]. La conclusión lógica de la aplicación de estos conceptos es que el comportamiento de un órgano que actúa en calidad de tal, pero en contravención de las prescripciones de derecho interno, no puede atribuirse al Estado sino cuando la infracción de las prescripciones del caso es «manifiesta», o, a la inversa, que el comportamiento será atribuible al Estado en tanto no parezca manifiestamente que el órgano ha contravenido tales prescripciones.

25) Para justificar semejante conclusión se ha aducido que si la incompetencia del órgano era manifiesta en el momento en que actuaba, la parte lesionada habría podido y debido percatarse de ello y, de este modo, impedir que se produjera el hecho ilícito. La situación se aproximaría a la prevista en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados [90], según el cual la manifestación de voluntad de un órgano del Estado que exprese el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no puede atribuirse al Estado si es manifiesto que ese consentimiento se ha expresado en violación de las disposiciones del derecho interno concerniente a la competencia del órgano. Sin embargo, en opinión de la Comisión, la excepción no puede transponerse pura y simplemente de la esfera de la atribución al Estado de una manifestación de voluntad a la de la atribución al Estado de un comportamiento que puede ser fuente de responsabilidad internacional. En la celebración de un tratado, la parte que se percata de que el órgano de la otra parte no es competente para manifestar el consentimiento del Estado puede siempre protegerse negándose a aceptar que se celebre el tratado en tales condiciones. En cambio, al menos en la mayoría de los casos, el hecho de saber que el órgano que observa un comportamiento ilícito rebasa su competencia o contraviene las instrucciones recibidas no permitirá que la víctima de tal comportamiento escape sus consecuencias lesivas [91]. Se plantea en tal caso un dilema. O bien se introduce simplemente la limitación que excluye de la atribución al Estado el comportamiento observado por sus órganos en situación de incompetencia «manifiesta», y se corre entonces el peligro de suministrar al Estado una escapatoria inadmisible en casos especialmente graves en los que, por el contrario, su responsabilidad internacional debería afirmarse [92]; o bien se formula tal limitación como lo han propuesto algunos autores, según los cuales el comportamiento del órgano incompetente quedaría excluido de la atribución al Estado si la incompetencia del órgano fuera tan manifiesta que la parte perjudicada hubiera debido advertirlo y *habría podido, así, evitar el perjuicio* [93]. Pero entonces, se terminará por reducir la aplicabilidad de la limitación a un número tan restringido de casos que, en fin de cuentas, no hará sino debilitar inútilmente el valor de una regla fundamental que, por el contrario, debería confirmarse del modo más formal. En conclusión, la Comisión opina que, cualquiera que sea la manera en que se enuncie, la limitación que consiste en excluir de la calificación de hechos del Estado el comportamiento de órganos observado en situación de incompetencia «manifiesta» no encuentra cabida en la regla que se define en el presente artículo.

[87] Como se ha indicado, el artículo 8, aprobado en primera lectura por el Comité III de la Conferencia de La Haya, consagraba, en el primer inciso de su párrafo 2, el principio de la responsabilidad del Estado por los actos realizados por los funcionarios fuera de su competencia pero «al amparo de su carácter oficial». El segundo inciso agregaba:

> «Sin embargo, un Estado no incurre en responsabilidad internacional si la falta de atribuciones del funcionario es tan manifiesta que el extranjero debía advertirla y podía, por consiguiente, evitar el daño» (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 222, documento A/CN.4/96, apéndice 3).

Un texto inspirado en criterios análogos fue agregado por García Amador en el párrafo 4 del artículo 12 de su anteproyecto revisado de 1961, y por Gráfrath y P. A. Steiniger en el artículo 3 de su proyecto. En las obras de varios autores figuran fórmulas en parte similares. Véanse, entre otros, Guggenheim (*op. cit.*, pág. 6), Jiménez de Aréchaga (*loc. cit.*, pág. 550) y Ténékidès (*loc. cit.*, pág. 787).

[88] Strisower (*loc. cit.*, pág. 461) exige que el órgano haya actuado «en relación por lo menos aparente con sus funciones»; A. V. Freeman afirma que el Estado es responsable cuando el órgano haya actuado «bajo la autoridad aparente de su cargo» (*loc. cit.*, pág. 290). Para Greig (*op. cit.*, pág. 435) el Estado no es responsable si el comportamiento de los órganos «no está dentro de la esfera aparente de sus funciones». Furgler (*op. cit.*, pág. 26) afirma la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos incompetentes «en cuanto aparezcan como actos de órganos». Según Meron (*loc. cit.*, pág. 113) y Quéneudec (*op. cit.*, pág. 120), el Estado responde de la conducta *ultra vires* de su órgano si tal conducta ha tenido lugar: *a*) dentro de su esfera aparente de competencia, o *b*) fuera de la esfera aparente de su competencia, pero valiéndose de los medios de la función, salvo que el perjudicado, como consecuencia de la falta aparente de competencia del órgano, hubiera podido evitar el daño. Amerasinghe apoya esta fórmula (*loc. cit.*, págs. 106 y ss.).

[89] Las notas de los Secretarios de Estado Bayard y Adee, de 17 de agosto de 1885 y de 14 de agosto de 1900, respectivamente (citadas en el párrafo 6 *supra*), invocaban el concepto de apariencia. Sobre esta misma base se redactó la pregunta que se plantea en el punto V, N.º 2, *c*, de la solicitud de información dirigida a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya, así como las respuestas de algunos gobiernos [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, págs. 78 y ss.]. En lo que respecta a la jurisprudencia internacional, cabe recordar que en el fallo dictado en el asunto Caire (mencionado en el párrafo 14 *supra*) se afirma que para poder admitir la responsabilidad del Estado por los actos cometidos por sus órganos más allá de los límites de su competencia «es preciso que hayan obrado al menos aparentemente como [...] órganos competentes».

[90] Para el texto de la Convención, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311.

[91] Para no citar sino un ejemplo, de nada habría servido a M. Youmans y a los demás nacionales estadounidenses muertos en Anguangueo por soldados mexicanos (véase párr. 14 *supra*) saber que éstos habían actuado contraviniendo las instrucciones recibidas.

[92] En el caso, por ejemplo, en que un jefe de Estado desencadenara una guerra de agresión, y ello «manifiestamente» en violación de las disposiciones del derecho interno concerniente a su actividad, sería absurdo no considerar tal acción como un hecho del Estado, fuente, en cuanto tal, de responsabilidad internacional.

[93] Véase, en expecial, el párrafo 2 del artículo 8 del proyecto adoptado en primera lectura por el Comité III de la Conferencia de La Haya de 1930; el párrafo 4 del artículo 12 del proyecto revisado de García Amador; y los estudios de Meron (*loc. cit.*, pág. 113) y de Quéneudec (*op. cit.*, pág. 120).

26) En cambio, por lo que se refiere a las acciones u omisiones que seres humanos, que tengan la calidad de órganos del Estado, hayan cometido en su condición de simples particulares, la Comisión ha estimado que no tienen nada que ver con la pertenencia de las personas de que se trate al aparato del Estado y que no pueden por tanto ser atribuidos al Estado según el derecho internacional. La Comisión examinó ya esta cuestión al elaborar el artículo 5 del proyecto. Como se indica en los párrafos 8 y 9 del comentario a dicho artículo, la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina se muestran unánimes al respecto. Los casos que acaban de examinarse confirman esa regla. Es cierto, sin duda, que no siempre resulta fácil probar en un caso concreto si la persona ha actuado en calidad de órgano o a título particular. Pero las dificultades con que se puede a veces tropezar en la aplicación de la regla no le restan en absoluto fundamento [94]. Ello no impide naturalmente que los Estados contraigan a veces, por vía convencional, una responsabilidad por tales actos; así lo han hecho, por ejemplo, en el Convenio relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 1907), que en su artículo 3 hace al Estado responsable de «los actos realizados por las personas que formen parte de su fuerza armada» en contravención del Reglamento anexo al Convenio, independientemente de que hayan actuado como órganos o como particulares [95]. Pero en defecto de disposiciones convencionales de ese género, los Estados no pueden considerarse responsables de tal comportamiento. Algunos miembros de la Comisión se han preguntado si, con todo, no cabría prever la atribución al Estado del comportamiento que los individuos que tengan la condición de órganos observen a título privado, en los casos en que se sirvan de medios que el Estado ha puesto a su disposición para el desempeño de sus funciones oficiales, en particular de ciertos medios de coerción. La Comisión ha estimado sin embargo que, incluso en tal caso, el comportamiento de que se trata no es atribuible al Estado. El hecho de que un agente de policía, que no se encuentre de servicio, se haya servido para dar muerte a un extranjero, del que estaba celoso, de un arma que le había entregado el Estado, no parece suficiente a la Comisión para que ese acto sea atribuible al Estado en el plano del derecho internacional. Ello no quiere decir, por supuesto, que el Estado no pueda, en su caso, incurrir en responsabilidad internacional con motivo de situaciones de tal género; pero no puede en tal caso tratarse sino de una responsabilidad por hechos de órganos distintos del que ha cometido el hecho lesivo. Dicho de otro modo, el comportamiento que observen órganos a título puramente personal es enteramente asimilable al comportamiento de las personas privadas de que trata el artículo 11 del proyecto.

27) Por lo que se refiere a la redacción de la regla, la Comisión ha estimado que había que tratar al mismo tiempo del comportamiento de órganos del Estado, (previsto en el artículo 5 del proyecto) y del comportamiento de órganos de entidades públicas territoriales o de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público (previsto en el artículo 7). Estos últimos órganos pueden actuar también en contravención de las instrucciones relativas a sus actividades o realizar actividades que excedan los límites de su competencia. En varios Estados federales, por ejemplo, los agentes de policía son órganos de los Estados miembros; si, contrariamente a las instrucciones recibidas, no protegen eficazmente los locales de un consulado extranjero, no cabe sino aplicar la misma regla que se aplicaría si el órgano culpable fuera un órgano del Estado federal. Y sólo cabe aplicar la misma regla si los agentes de policía son órganos no ya de una entidad pública territorial sino de otra entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, por ejemplo una compañía de ferrocarriles a la que se hayan conferido ciertos poderes de policía. Si un agente de esa compañía, en el ejercicio de sus funciones, registra la maleta de un diplomático extranjero, tal hecho será atribuible al Estado aun cuando al hacerlo el agente haya contravenido las instrucciones recibidas.

28) La expresión «aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad» se ha preferido a otras más generales (por ejemplo, «aunque ... el órgano haya actuado contrariamente a lo prescrito en el derecho interno acerca de su actividad»), ya que así abarca las hipótesis más frecuentes y más típicas de infracción de las disposiciones del derecho interno concernientes a la actividad del órgano. Al hablar de órganos que se han excedido en su competencia, se hace referencia sobre todo a los casos en que un órgano ha actuado en el marco de funciones distintas de las que le han sido conferidas. Al hablar de órgano que ha contravenido las instrucciones concernientes a su actividad, se trata de hacer referencia al caso de un órgano que, aun cuando actúe en el marco de las funciones que le han sido conferidas, lo hace de manera no conforme con las instrucciones, generales o específicas, que se le han dado. Es cierto que puede haber otras hipótesis menos frecuentes de infracción de las prescripciones del derecho interno relativas a la actividad del órgano: cuando, por ejemplo, el órgano contraviene reglas generales referentes a la administración pública que no se pueden calificar, propiamente hablando, de instrucciones. Pero no cabe extraer ninguna consecuencia de ese hecho. El artículo 10 no hace en realidad sino confirmar, incluso en el caso de las hipótesis que han sido más discutidas, el principio de la atribución al Estado de todo comportamiento de órganos que actúan en calidad de tales. No puede admitirse ninguna excepción a ese principio.

29) Finalmente, la expresión «cuando tal órgano ha actuado en esa calidad» se ha insertado para indicar que el comportamiento previsto consiste únicamente en acciones u omisiones cometidas por órganos en el ejercicio de sus funciones oficiales y no en acciones y omisiones cometidas en el marco de su vida privada por individuos que tengan la calidad de órganos. Algunos miembros de la Comisión se han preguntado si no era

[94] Véase a este respecto el párrafo 10 del comentario al artículo 5.

[95] A. S. de Bustamante y Sirvén, *La Segunda Conferencia de la Paz*, tomo segundo, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, págs. 287 y 288.

oportuno aclarar expresamente que ese último comportamiento no es atribuible al Estado según el derecho internacional. Sin embargo la mayoría de los miembros de la Comisión ha opinado que cualquier mención en tal sentido sería superflua. La no atribución de tal comportamiento al Estado resulta claramente del hecho de que los artículos 5, 7 y 10 sólo atribuyen al Estado el comportamiento observado por órganos que actúan en calidad de tales. La acalaración propuesta sólo sería pues una repetición superflua.

Artículo 11.—Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

Comentario

1) En los artículos precedentes del presente capítulo (artículos 5 a 10), se ha presentado, en forma positiva, cuáles son los tipos de comportamiento que deben considerarse hechos del Estado según el derecho internacional. El presente artículo viene a confirmar las reglas definidas en los artículos precedentes indicando, en forma negativa, que ciertos comportamientos que no han sido mencionados en aquellos artículos no deben considerarse hechos del Estado según el derecho internacional.

2) El comportamiento a que se refiere el presente artículo, que excluye su atribución al Estado, comprende ante todo los actos de personas físicas o jurídicas privadas, siempre que —y ese es el caso más corriente— esas personas no actúen, ni de derecho ni de hecho, por cuenta del Estado. Se ha indicado en el párrafo 2 del artículo 7 que el Estado podía confiar de derecho a personas jurídicas, incluso privadas, el ejercicio de prerrogativas del poder público. Así, pues, en el caso de que se confieran a una persona jurídica privada tales prerrogativas, y que actúe en el ejercicio de esas prerrogativas, su comportamiento podrá, pues, ser atribuido al Estado. Se ha indicado además en el artículo 8 que los órganos del Estado (o de una de las entidades a que se refiere el artículo 7) podían, excepcionalmente, encargar a personas físicas o jurídicas privadas el ejercicio de ciertas actividades por cuenta del Estado, sin que por ello se traduzca en una atribución formal de la calidad de órgano del Estado o de una de las entidades mencionadas en el artículo 7. Una persona física o jurídica privada puede también, en circunstancias excepcionales, encontrarse en la situación de tener que asumir espontáneamente el ejercicio de determinadas prerrogativas del poder público. En esos casos también, unos comportamientos de personas privadas podrán, pues, ser atribuidos al Estado. Pero, en todos los demás casos, es decir, en una palabra, en todos los casos que no están expresamente previstos en los artículos 7 y 8, los actos de las personas físicas y jurídicas privadas se rigen por las disposiciones del presente artículo, que prevé que no pueden considerarse hechos del Estado. Los actos de las personas jurídicas que no pueden ser calificadas de personas jurídicas privadas según el derecho interno del Estado (por ejemplo personas jurídicas «paraestatales» y también otras entidades públicas que sin embargo no han sido habilitadas para ejercer prerrogativas del poder público o que lo han sido pero en relación con un sector de actividad diferente de aquel dentro de cuyo marco han actuado) entran también dentro del ámbito de los actos a que se refiere el presente artículo. Por último, hay que considerar también como actos contemplados por el presente artículo los de las personas físicas que, teniendo la condición jurídica de órganos del Estado o de una de las entidades mencionadas en el artículo 7 (o bien de un Estado extranjero, de una organización internacional, de un movimiento insurreccional), actúan en el caso de que se trata en calidad de simples particulares, es decir, realizan actos que se refieren a su vida privada y que no guardan relación con el aparato del Estado.

3) Los actos de personas privadas o de personas que actúan, en la ocasión de que se trata, con carácter privado no pueden en ningún caso atribuirse al Estado. No importa a este respecto que exista entre la persona que actúa y el Estado un vínculo distinto de los indicados en los artículos 7 y 8, por ejemplo, que la persona tenga la nacionalidad del Estado de que se trata o que haya actuado en el territorio de ese Estado. Tampoco tiene importancia que la persona actúe sola o en grupo, en una situación normal o con ocasión de agitación popular, manifestaciones, motines, o disturbios en general, en tiempo de paz o en tiempo de guerra, etc. Carece igualmente de importancia que los actos causen un perjuicio a un Estado extranjero o bien a los órganos o a nacionales de tal Estado.

4) La conclusión rigurosamente negativa en cuanto a la atribución al Estado de los actos de las personas físicas o jurídicas privadas y de las otras personas antes mencionadas en el párrafo 2 del presente comentario no implica, sin embargo, que el Estado no pueda incurrir sobre otras bases en una responsabilidad internacional con ocasión de esos actos. Así, pues, el párrafo 2 del artículo 11 tiene por objeto señalar expresamente que ha de considerarse hecho del Estado según el derecho internacional todo comportamiento que esté previsto en las disposiciones de los artículos 5 a 10 del proyecto y que haya sido adoptado en relación con actos de personas privadas. Esto es aplicable, claro está, si el hecho mismo de que esos actos hayan podido producirse pone de manifiesto que ha habido, en el caso de que se trata, una violación de una obligación internacional por órganos del Estado o de otra entidad que ejerce prerrogativas del poder público. No entra ciertamente dentro del marco del presente proyecto determinar el contenido y la amplitud de las obligaciones internacionales de los Estados que puedan resultar infringidas por actos o, más frecuentemente, por omisiones de órganos del Estado en relación con actos de particulares. Basta re, cordar que tales obligaciones existen. No cabe duda-

por ejemplo, que el Estado tiene que garantizar, en una medida que varía según los casos, la protección de los Estados extranjeros y de sus representantes reconocidos, así como de sus simples nacionales, contra todo atentado que puedan cometer particulares. Ahora bien, si en una situación concreta, el Estado o las entidades mencionadas en el artículo 7 no adoptaran medidas de protección adecuadas y hubiera un atentado cometido por particulares, se estaría en presencia de un hecho del Estado en relación con los actos de particulares: un hecho del Estado que constituiría la violación de una obligación internacional de ese Estado. Lo mismo ocurriría si, una vez que ha habido un atentado cometido por un particular, los órganos del Estado faltaran, por ejemplo, a una obligación internacional de castigar al particular autor de ese atentado o de proceder a su extradición. Tampoco hay que descartar que, en una situación determinada, se pueda atribuir a órganos del Estado una actitud complaciente ante el acto de un particular, una especial de complicidad con ese acto; en ese caso, el hecho mismo de esa actitud complaciente o de esa complicidad puede representar la violación de una obligación internacional del Estado. En suma, el objeto del párrafo 2 del presente artículo es poner de relieve que el Estado puede a veces incurrir en una responsabilidad internacional con *ocasión* de actos de una persona privada o de las personas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, puntualizando no obstante que esta responsabilidad no dimana de una especie de aval por el Estado de los actos de los particulares, sino de un comportamiento definido y que puede atribuirse al Estado en virtud de los artículos 5 a 10 del proyecto, comportamiento que sólo se halla relacionado con tales actos. Los actos de personas privadas o de personas que actúan con carácter privado constituyen entonces —y eso es importante recalcarlo— un acontecimiento exterior que opera como elemento catalizador de la ilicitud de la conducta del Estado.

5) La regla cuyo contenido acaba de exponerse fue sentada por la Comisión fundándose en los datos proporcionados por la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional. El punto de partida de su análisis fue la comprobación de que con frecuencia se ha achacado a un Estado una responsabilidad internacional con motivo de acciones u omisiones cuyo autor material era una persona física o jurídica privada que no había actuado, en tal caso, por cuenta del Estado. Por consiguiente, la Comisión ha procurado averiguar si el fundamento de esta responsabilidad residía en el hecho de que en el plano del derecho internacional se atribuirían también al Estado, como elemento constitutivo de un hecho internacionalmente ilícito por parte del mismo, los actos de personas privadas que no han actuado por cuenta del Estado (por ejemplo de cualquier persona que se encontrase en su territorio o de cualquier persona que fuera nacional suyo) o bien si esta responsabilidad tenía otro fundamento.

6) En opinión de la Comisión no sería verdaderamente imposible, desde un punto de vista puramente teórico, considerar que incluso los actos de personas privadas que no actúan por cuenta del Estado son «hechos del Estado» según el derecho internacional. Sin embargo, una conclusión de esta índole sólo puede admitirse con una condición muy precisa. El estudio de la práctica de las relaciones internacionales debería mostrar incontestablemente: *a*) que en tales casos, se ha hecho responder al Estado, sujeto del derecho internacional, del hecho de la persona privada en cuanto tal y, por consiguiente, *b*) que la responsabilidad internacional del Estado se produce, en su caso, como consecuencia del incumplimiento de una obligación internacional producido por este mismo hecho [96]. Si esto fuera así, no habría más que tomar nota de tal conclusión y extraer las consecuencias de ella, por sorprendentes que parezcan [97].

7) Del examen de la práctica de las relaciones internacionales podría deducirse, no obstante, que los actos de las personas privadas, que actúen en tal calidad, no se tienen jamás en cuenta para determinar una responsabilidad internacional del Estado si no van acompañados de ciertas acciones u omisiones emanadas de órganos del Estado. Eso no debería llevar automáticamente a excluir la idea de que la acción de la persona pueda ser atribuida al Estado. En efecto, podría pensarse que pudiera atribuírsele pero únicamente en los casos en que vaya acompañada específicamente de cierta participación o cierta complicidad por parte de los órganos del Estado [98]. Pero lo que importa verdaderamente destacar es que dicha conclusión entrañaría siempre la idea de que el Estado avala el hecho de la persona privada en cuanto tal en los casos en que ciertos órganos estatales hayan tenido cierta connivencia con tal hecho. Según esto, sería la acción de la persona privada la que formaría el núcleo del comportamiento internacionalmente ilícito del Estado y sería por la acción de dicha persona, de la que determinados órganos no serían más que cómplices, por la que el Estado

[96] Imaginemos, por ejemplo, que un particular haya conseguido introducirse en el interior de la sede de una embajada extranjera y que en ella haya destruido objetos o sustraído documentos. Para poder determinar la atribución al Estado del hecho de tal particular como fuente de responsabilidad, sería preciso llegar a la conclusión de que en el caso mencionado el Estado ha sido acusado precisamente de haber violado por su propia acción la obligación de respetar la inviolabilidad de la sede de la embajada y de sus archivos.

[97] Sería vano objetar, como algunos autores lo han hecho a menudo, que solamente los Estados son sujetos del derecho internacional y que, por consiguiente, solamente ellos pueden violar las obligaciones que impone este derecho. Dejando aparte la petición de principio que esta objeción encierra, los casos a que aquí se alude no son casos de pretendida responsabilidad internacional de individuos, sino casos de responsabilidad internacional del Estado. Como la acción del simple particular se atribuiría al Estado, sería el propio Estado quien actuaría por mediación de él y quien, por tanto, habría incumplido una obligación internacional.

[98] Naturalmente, debería tratarse de una verdadera participación o complicidad. Otra cosa sería si el término «complicidad» fuese empleado impropiamente, como a veces sucede, y no fuese más que una ficción para designar otra cosa. Es evidente, por ejemplo, que no podría calificarse correctamente de «cómplice» del delito de un individuo al tribunal que no le impusiera una pena adecuada.

Huelga decir que los supuestos aquí examinados la acción del particular no debe ser considerada en ningún aspecto como acto de un órgano. La «participación» (o la «complicidad») eventual de órganos del Estado en la acción individual no tiene por efecto transformar a su autor en miembro, ni siquiera ocasional o *de facto*, del aparato del Estado. Nos hallamos, pues, en un caso totalmente distinto del de los actos realizados por ciertos individuos a instigación y por cuenta del Estado de los que se ocupa el apartado *a* del artículo 8 del proyecto.

violaría la obligación internacional. Por consiguiente, la condición indicada en el párrafo precedente para que pueda atribuirse al Estado la acción de un particular sigue siendo la misma: en el examen de los casos concretos debería llegarse siempre a la misma conclusión, a saber: que el hecho internacionalmente ilícito reprochado al Estado consista en la violación de una obligación internacional cometida por la acción de la persona privada de que se trata y no, por ejemplo, en una infracción diferente cometida por cualquier otro.

8) Por el contrario, en caso de que de la situación examinada se desprendiese que en efecto el Estado había sido acusado de haber faltado a obligaciones internacionales distintas de las que hubieran podido ser infringidas por la acción de la persona privada, la conclusión debería forzosamente ser diferente. La condición requerida para poder reconocer la atribución al Estado del hecho de la persona privada faltaría por completo. Ya no se trataría de sostener que por la acción de dicha persona, avalada por el Estado, éste haya violado la obligación internacional de que se le acusa. Tampoco podría calificarse a los órganos que hubieran cometido las acciones u omisiones en el supuesto mencionado de «cómplices» de la violación de una obligación internacional ralizada por la acción de tal persona, aunque hubiesen procedido con tolerancia respecto del particular y de su conducta. Por el contrario, habría que concluir que si se produjo el incumplimiento de una obligación internacional, este incumplimiento fue directa y únicamente cometido por esos mismos órganos del Estado y que el «hecho del Estado» susceptible de engendrar una responsabilidad internacional sólo podía haber sido la acción u omisión de tales órganos [99]. El hecho de la persona privada no sería más que un acontecimiento exterior, ajeno al hecho del Estado, hecho que simplemente se habría cometido en relación con dicho acontecimiento [100].

[99] De este modo, volviendo al ejemplo del individuo que consigue penetrar en la sede de una embajada extranjera y cometer en la misma estragos o destrozos, nadie duda que si el autor de estos actos fuese, por ejemplo, un funcionario de policía en ejercicio de sus funciones, el Estado sería acusado específicamente de haber faltado a su obligación de respetar la inviolabilidad de la sede de la embajada y de sus archivos. En el supuesto de que el autor de estos mismos actos fuese un simple particular, si se llega a la conclusión de que el Estado no ha sido acusado de haber infringido la inviolabilidad de la embajada, sino de haber faltado a la obligación completamente diferente de cuidar con la diligencia necesaria de que no se cometan tales hechos, habría que proceder con lógica al sacar las consecuencias de esa conclusión. La conducta de la que tendría que responder el Estado no sería la acción del particular, sino la omisión cometida con ocasión de dicha acción por los órganos encargados de la vigilancia.

[100] Esto no quiere decir que tal acontecimiento careciera de efecto para determinar la responsabilidad del Estado. Al contrario, como se ha señalado antes, podría condicionar la existencia de la misma, actuando desde fuera como elemento catalizador de la ilicitud de la conducta de los órganos estatales en ese caso concreto. Por ejemplo, si la obligación internacional del Estado consiste en cuidar de que las personas privadas no atenten contra los Estados extranjeros o sus nacionales, el incumplimiento de esta clase de obligación sólo se produce si tienen lugar en la práctica los hechos lesivos. Pero en todo caso no se trataría de una condición de la atribución al Estado del comportamiento de sus órganos, atribución que indiscutiblemente correspondería incluso sin esta condición. Lo que dependería del acontecimiento exterior aludido sería la posibilidad de considerar el hecho del Estado como constitutivo, en ese caso, de la violación de una obligación internacional y, por consiguiente, como fuente de responsabilidad internacional.

9) El criterio determinante para decidir si el comportamiento atribuido al Estado como fuente de responsabilidad internacional es el comportamiento de la persona privada o el de un órgano es, por tanto, la naturaleza de la infracción de que se culpa al Estado en el plano del derecho internacional. En cambio, la cuantía de la reparación que en una situación dada el Estado reclamante exige o un tribunal internacional fija, no es, a juicio de la Comisión, un elemento que pueda aclarar el problema planteado. Erróneamente, según la Comisión, algunos autores se han dejado impresionar por el hecho de que en algunos casos la cuantía de la reparación que el Estado ha debido abonar ha sido calculada en función del daño causado efectivamente por la acción de la persona privada y han creído que debían llegar a la conclusión de que en tales situaciones el Estado no respondía del hecho de sus órganos sino del hecho de la persona privada. Ello en modo alguno se infiere de las circunstancias comprobadas por tales autores. Si del examen de un caso determinado debiera llegarse a la conclusión, sobre la base de los elementos indicados en los párrafos precedentes, que el hecho atribuido al Estado como fuente de responsabilidad internacional no ha sido la acción cometida por la persona privada sino el comportamiento del órgano, no habría razón alguna para poner luego en tela de juicio esta conclusión. Nada se opone, en efecto, a que se exija al Estado que por obra de sus órganos haya faltado, por ejemplo, a su obligación de dar protección eficaz al representante de un Estado extranjero a que, para satisfacer su responsabilidad, abone una indemnización correspondiente al daño causado por el particular a ese representante. Ya se ha señalado que la acción de la persona privada, aunque sólo se considerase como un simple acontecimiento exterior con relación al hecho de que se ha hecho responsable el Estado, podría no obstante constituir una condición necesaria para que en un caso concreto resulte la ilicitud de la conducta de los órganos del Estado y para que se comprometa la responsabilidad de este último. Por tanto, no sería extraño que las consecuencias dañosas causadas por la misma acción proporcionen, al menos en ciertos casos, un criterio para determinar la cuantía de la reparación debida por el Estado como consecuencia de la infracción cometida por sus órganos.

10) La idea según la cual la respuesta a la cuestión de la atribución o no atribución al Estado del comportamiento de personas privadas dependa de los criterios que se utilicen para determinar la cuantía de la reparación debida por el Estado está relacionada con la idea, que la Comisión rechazó al examinar el artículo 3 del proyecto, de que una de las condiciones para que exista un hecho internacionalmente ilícito es la existencia de un «daño» causado por la violación de la obligación. Se comprende que quienes opinan que el daño es uno de los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito, puedan pensar que la responsabilidad derivada de tal hecho se identifica con la obligación de reparar ese daño. Y se comprende también que admitan con dificultad que la cuantía de la reparación exigida de un Estado (al que sólo se le considere responsable de haber dejado de prevenir la acción de un

particular, o, sobre todo, de no haberla castigado) pueda calcularse no en función del «daño» causado por tal omisión, sino en función del daño ocasionado por la acción de la persona privada. Sin embargo, según la Comisión, el daño, y sobre todo el daño económico, no debe considerarse como un elemento del hecho internacionalmente ilícito del Estado sino como un efecto material de ese hecho, efecto que por lo demás no es automático, y especialmente como efecto que puede traducirse en términos de pérdida económica. Cuando la responsabilidad que es consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito se traduce en una obligación de reparar, lo que el Estado cuya responsabilidad está comprometida debe reparar es el incumplimiento de sus propias obligaciones internacionales, la perturbación que ha provocado en las relaciones jurídicas internacionales. Pero la cuantía de la reparación no está determinada únicamente por las consecuencias económicas del incumplimiento mismo. Es muy comprensible que en algunos casos en que el incumplimiento ha causado efectivamente un perjuicio, se pueda tener en cuenta la magnitud de tal perjuicio para fijar la cuantía de la reparación. Pero ello no quiere decir que la cuantía de la reparación deba vincularse necesariamente a la evaluación del daño económico causado por la infracción. En algunos casos puede incluso carecer de objeto tratar de saber cuál ha sido el «daño» económico que un Estado ha provocado con la violación cometida por sus órganos, por ejemplo, en el caso en que un Estado haya dejado de castigar o no haya castigado adecuadamente a la persona que ha causado un daño a un extranjero. De esta forma no se llegará, en muchos casos, a encontrar una base segura para determinar la cuantía de la reparación debida por una infracción cometida por el Estado. Incluso si se quiere tomar como elemento de referencia el perjuicio económico efectivamente causado y tenerlo en cuenta para determinar la cuantía de la reparación por incumplimiento de la obligación, ese perjuicio no será necesariamente el que habría producido el comportamiento observado por órganos del Estado en el caso de que se trate. Como se ha dicho anteriormente, nada tiene de extraño que al Estado que deja de cumplir su deber para con otro Estado de proteger a los nacionales de éste contra los actos de personas privadas, se le exija reparar su falta de cumplimiento pagando una indemnización calculada tomando como base el perjuicio económico efectivamente causado a tales personas por la acción cometida en su territorio por un particular. En muchos casos, ello sería una solución más lógica que la de tomar como elemento de referencia el daño, tan difícil de evaluar, que los propios órganos del Estado hayan causado. Pero, repitámoslo para terminar, tal solución no nos obliga en absoluto, caso de que sea adoptada, a llegar a la conclusión de que el Estado ha hecho suya en tal caso la acción del particular.

11) Dos aclaraciones más: la primera es que la responsabilidad del Estado con ocasión de hechos realizados por personas privadas no puede calificarse en ningún caso de responsabilidad «indirecta» o «por hecho ajeno» («vicarious»). En todo sistema de derecho se entiende por responsabilidad «indirecta» o «por hecho ajeno» la responsabilidad en que incurre un sujeto de ese ordenamiento jurídico por el hecho ilícito de otro sujeto del mismo ordenamiento jurídico. Esta forma anómala de responsabilidad entraña una escisión entre el sujeto que comete el hecho internacionalmente ilícito y el que soporta la responsabilidad de ese hecho. Pues bien, en los casos de responsabilidad internacional del Estado por actos de personas privadas, esas personas no pueden reputarse sujetos distintos de derecho internacional. Faltan en absoluto las condiciones necesarias para que haya una responsabilidad indirecta.

12) La segunda aclaración es que si hubiera de parecer que en determinadas situaciones (especialmente cuando hay disturbios), el Estado responde en todos los casos de los actos lesivos para Estados extranjeros o para los nacionales de éstos, independientemente de que tales hechos, ya sea de particulares, ya sea de órganos estatales, le sean o no atribuibles, se estaría en presencia de algo enteramente extraño a la esfera de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, algo que ya no guardaría relación con la determinación de las condiciones de existencia de un hecho del Estado en el plano internacional. Se estaría en presencia de una garantía que el Estado concedería en el plano internacional contra los riesgos por actos cometidos en su territorio, en ciertas condiciones, por personas privadas.

13) Teniendo presentes las consideraciones de principio que preceden, la Comisión ha procedido a examinar los casos concretos que se han presentado en la realidad de las relaciones internacionales comenzando por un análisis de la jurisprudencia. A este respecto, la Comisión ha observado que ya en el siglo pasado se hablaba del principio de que el comportamiento de una persona privada no puede justificar nunca, por sí solo, que el Estado sea tenido responsable en el plano del derecho internacional. Para que tal responsabilidad subsista, es preciso en todo caso que ese comportamiento vaya acompañado de un comportamiento culpable que emane de órganos del Estado [101]. Dicho esto, fuerza es reconocer que algunas de esas decisiones parecen corroborar la tesis de la atribución al Estado, como fuente de responsabilidad, del hecho del particular mismo, caracterizado por la aprobación o la ratificación del Estado [102].

[101] Véase, por ejemplo, la sentencia dictada en el Asunto Ruden por la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos de América/Perú, creada por la Convención de 4 de diciembre de 1868 [Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. II, págs. 1654 y 1655]; la relativa al Asunto Glenn decidida por un superárbitro nombrado sobre la base de la Convención estadounidense-mexicana de 4 de julio de 1868 (*ibid.*, vol. III, pág. 3138); la relativa al Asunto Cotesworth and Powell, dictada el 5 de noviembre de 1875 por la Comisión Mixta Gran Bretaña/Colombia, creada en virtud de la Convención de 14 de diciembre de 1872 (*ibid.*, vol. II, pág. 2082); la relativa al Asunto De Brissot y otros, dictada por la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos de América/Venezuela, creada por la Convención de 5 de diciembre de 1885 (*ibid.*, vol. III, pág. 2968).

[102] Así, en la dicisión relativa al Asunto Cotesworth and Powell, mencionada en la nota precedente, la Comisión indicó que fundaba la responsabilidad de Colombia únicamente en las consecuencias de la amnistía concedida por ese país a unos particulares autores de ciertos hechos lesivos y agregó que se atenía «al principio bien conocido de derecho internacional según el cual al perdonar a un criminal

(Continúa en la página siguiente.)

14) El principio de la imposibilidad de atribuir el hecho de un particular al Estado, como fuente de responsabilidad de éste, se desprende en cambio claramente de las sentencias dictadas a principios del siglo XX —el 30 de septiembre de 1901— por el árbitro Ramiro Gil de Uríbarri, encargado en virtud de la Convención italoperuana de 25 de noviembre de 1899 de decidir acerca de las reclamaciones de nacionales italianos residentes en el Perú [103]. En el complejo *Asunto Poggioli*, juzgado por el superárbitro Ralston, de la Comisión italovenezolana establecida en virtud de los Protocolos de 13 de febrero y 7 de mayo de 1903, una de las reclamaciones examinadas se refería a los actos de cuatro particulares que, entre otras cosas, habían intentado asesinar a uno de los hermanos Poggioli. En la decisión, se habla todavía de actos de particulares que, según se dice, se han convertido en actos del gobierno mismo al no haber castigado las autoridades del país a esos particulares, pero al mismo tiempo se afirma que «ciertos órganos del gobierno no han ejercido correctamente sus funciones, y por esta falta el Gobierno de Venezuela debe ser tenido por responsable» [104]. La forma en que estaba redactada la decisión no era, pues, muy precisa. No obstante, de la sentencia en su totalidad resulta bastante claramente que el superárbitro en modo alguno pensaba admitir que los actos de particulares pudieran como tales ser atribuidos al Estado [105].

15) En la segunda mitad del decenio de 1920 las ideas se precisan y se aclaran más. El 1.º de mayo de 1925, el árbitro Max Huber, instituido como tal por el Acuerdo anglo-español de 29 de mayo de 1923, dictaba el conocido laudo sobre el conjunto de las reclamaciones comprendidas en el *Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español*. De las consideraciones del árbitro [106] resulta: *a*) que en un caso en que debían deplorarse actos de particulares perjudiciales para extranjeros, el árbitro sólo veía como hecho del Estado, fuente posible de una responsabilidad internacional, una posible falta de los órganos del Estado al no prevenir o castigar los actos aludidos; *b*) que excluía claramente que el hecho del particular pudiera en modo alguno ser fuente de una responsabilidad del Estado; *c*) que consideraba el acto del particular como un hecho lesivo, ajeno al comportamiento que podía atribuirse al Estado en esas circunstancias; y *d*) que, incluso con miras a la determinación de la cuantía de la reparación, deseaba subrayar que la responsabilidad del Estado descansaba únicamente en la falta a una obligación internacional cometida en este caso por dicho Estado y no en las circunstancias y los efectos del acto de los particulares.

16) Luego, fueron principalmente las decisiones de las comisiones de reclamación constituidas entre ciertos países y México las que dieron ocasión para un nuevo y más profundo análisis de los problemas de la responsabilidad de los Estados con motivo de actos de particulares. La Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos de América/México, creada por la Convención de 8 de septiembre de 1923, aportó en varios casos una contribución importante a la afirmación definitiva del principio de que la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de particulares, en los casos en que se comprueba tal responsabilidad, se basa sólo en un comportamiento del Estado, constituido por una falta de prevención o de represión con respecto a tales actos. La sentencia que merece más atención a este respecto es la dictada el 16 de noviembre de 1925, en el *Asunto Janes*, por dicha Comisión, presidida por van Vollenhoven. La Comisión debía fallar acerca de una reclamación presentada a México por los Estados Unidos de América, a raíz del asesinato de un nacional estadounidense cometido en 1918 por un empleado despedido, de nacionalidad mexicana. El motivo de la reclamación era que las autoridades mexicanas no habían tomado medidas adecuadas para detener al culpable, que había quedado impune. El agente de los Estados Unidos había aducido la «complicidad» del Estado mexicano en el asunto. Según él, por no haber detenido y castigado al culpable, el Estado había perdonado y ratificado el crimen y, con ello, lo había hecho suyo. Pero el tribunal, después de cerciorarse de la realidad de la negligencia de las autoridades mexicanas, no vaciló en indicar [107]: *a*) que el hecho del particular se atribuye sólo a éste y que el hecho que puede atribuirse al Estado es sólo el hecho de sus órganos; *b*) que uno y otro hecho se consideran en planos completamente distintos, el primero en el plano del derecho interno, el segundo —y sólo el segundo— en el del derecho internacional; y *c*) que la idea de una complicidad inherente a la falta de represión es una pura ficción y que en todo caso no cabe fundarse en ella para rechazar las conclusiones y atribuir al Estado la acción del particular. Para la determinación de la indemnización que México debía pagar como consecuencia de las

(Continuación de la nota 102.)

un país asume la responsabilidad de sus actos pasados». Se puede ver en esta adopción de posición el indicio de la influencia de concepciones aún ampliamente admitidas en la época en que se dictó la sentencia.

[103] Véanse, por ejemplo, las decisiones relativas al Asunto Capelleti [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 66.V.3), pág. 439] y el Asunto Serra (*ibid.*, pág. 410).

[104] *Ibid.*, vol. X (N.º de venta: 60.V.4), pág. 689.

[105] Más de una incertidumbre aparente procedía probablemente tanto de la complejidad de la situación de hecho examinada como de la influencia persistente de ciertas teorías todavía difundidas en aquella época. El superárbitro probablemente tenía la intención de exponer dos aspectos diferentes de la acción del gobierno local. En primer lugar, denunciaba la complicidad de ese gobierno en los actos de los particulares autores de los crímenes. Pero en este caso particular, no era una ficción hablar de «complicidad». No se trataba de servirse de esta expresión para indicar sólo una actitud adoptada *ex post facto* al dejar someter a los culpables de un crimen al castigo merecido. Era legítimo incluso preguntarse si, en las circunstancias del caso, las autoridades locales no habían ido más allá de una «complicidad», de una simple participación en actos de particulares, y si éstos no eran simplemente agentes del gobierno, personas que actuaban a instigación y por cuenta de éste, de suerte que sus actos resultaban en fin de cuentas obra del gobierno. El árbitro señalaba que en todo caso había un hecho cierto: las autoridades del gobierno local se habían hecho culpables de no haber castigado o tratado de castigar jamás a los autores de los crímenes perpetrados. En esta omisión, veía una denegación de justicia, una infracción cometida ciertamente por el gobierno, fuente indiscutible de la responsabilidad internacional del Estado.

[106] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta 1949.V.1), págs. 636, 709 y 710.

[107] *Ibid.*, vol. IV (N.º de venta: 1951.V.1), págs. 86 y ss.

omisiones que se le atribuían, el tribunal estimó necesario tener en cuenta, también con este fin, la distinción que había señalado entre la infracción cometida por el particular y la que se reprochaba al Estado. El tribunal subrayó que las dos infracciones eran diferentes «en su origen, su carácter y sus efectos» [108]. Estimó, por tanto, que el Estado estaba obligado, por vía de reparación de su omisión internacionalmente ilícita, a indemnizar a los nacionales extranjeros perjudicados por esa omisión. La evaluación del daño causado por la omisión no podía hacerse, a juicio del tribunal, sobre la base del daño provocado por el asesino, daño diferente e infligido a una persona física diferente. El tribunal quería, pues, destacar, incluso en lo que se refería a la cuantía de la reparación, que sólo tenía en cuenta la omisión de los órganos del Estado y no la acción del particular [109]. En otros asuntos, en particular en el *Asunto Kennedy*, fallado el 6 de mayo de 1927 [110]; el *Asunto Venable*, fallado el 8 de julio de 1927 [111]; y el *Asunto Canahl*, fallado el 15 de octubre de 1928 [112], la Comisión General de Reclamaciones mexicano-estadounidense aplicó de nuevo los mismos principios expuestos con ocasión del Asunto Janes.

17) Desde comienzos del decenio de 1930 ya no se encuentran en la jurisprudencia arbitral internacional fallos de interés comparable al del pronunciado en el Asunto Janes. Pero el principio de la no atribución al Estado de actos de particulares aparece desde entonces definitivamente reconocido y sin que la conclusión negativa expresada en dicho principio pueda ser modificada por la actitud de las autoridades oficiales con respecto a tales actos. Por consiguiente, las comisiones arbitrales se limitan a investigar si, en una situación concreta, se puede reprochar al Estado un incumplimiento de sus obligaciones internacionales de prevención y sanción y a juzgar, según los resultados de esa investigación, si el Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito constituido exclusivamente por tal incumplimiento. Por ejemplo, en el laudo dictado el 9 de mayo de 1934 en el *Asunto de los armadores finlandeses contra Gran Bretaña en relación con el uso de algunos barcos finlandeses durante la guerra*, sobre la base del Acuerdo Gran Bretaña/Finlandia de 30 de septiembre de 1932, el árbitro, refiriéndose a la aplicación de la regla del agotamiento previo de los medios de recursos internos, señaló que las dos partes estaban de acuerdo en reconocer que podía haber casos en los que era posible afirmar que de los actos cometidos en sí mismos, es decir, antes de que hubiera habido recurso al tribunal nacional, resultaba una violación del derecho internacional. Tras lo cual agregó que esos actos debían haber sido cometidos por el gobierno demandado o por sus funcionarios, puesto que no había en derecho internacional responsabilidad directa por los actos de particulares [113].

18) En el contexto de los laudos arbitrales relativos a la cuestión que se examina, los fallos concernientes a los daños ocasionados por particulares a extranjeros con motivo de tumultos, revueltas y, en general, disturbios que las autoridades oficiales no estaban en condiciones de evitar ni de controlar han sido considerados a menudo como una categoría aparte. De esos laudos se desprende netamente una vez más el principio que excluye la posibilidad de atribuir al Estado, como fuente de responsabilidad, la acción de las personas autoras de tales daños. Por ejemplo, la Comisión Mixta Gran Bretaña/Estados Unidos de América, creada en virtud del Acuerdo de 18 de agosto de 1910, señaló en el laudo dictado el 18 de diciembre de 1920 en el *Asunto Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ* que un gobierno no podía ser tenido por responsable como consecuencia de la acción realizada, con desprecio de su autoridad, por rebeldes, «si él mismo no era culpable de violación de la buena fe o de negligencia en la represión de la insurrección» [114]. El principio fundamental de la no responsabilidad del Estado por los daños causados en su territorio con ocasión de acontecimientos como tumultos, revueltas, guerra civil o guerra internacional fue confirmado asimismo por el árbitro Max Huber en su decisión ya mencionada de 1.º de mayo de 1925 relativa al *Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español*. En dicho laudo se dice que «la responsabilidad por la acción o la inacción del poder público es completamente distinta de la responsabilidad por actos imputables a personas que escapan a la influencia de las autoridades o les son abiertamente hostiles» [115].

19) En lo que se refiere a la práctica de los Estados, las posiciones adoptadas por los distintos gobiernos en los trabajos preparatorios de la Conferencia de Codifi-

[108] *Ibid.*, pág. 89.

[109] El vocal estadounidense de la Comisión, Nielsen, discrepó del dictamen de la mayoría en cuanto a los criterios que habían de seguirse en la determinación de la indemnización. Sostuvo que el Estado, cuyas autoridades hubieran dejado de tomar medidas prontas y eficaces para detener y castigar a los particulares culpables, estaba precisamente obligado a reparar el daño causado por la acción de estos últimos (*ibid.*, págs. 90 y ss.).

[110] *Ibid.*, págs. 194 y ss.

[111] *Ibid.*, págs. 219 y ss.

[112] *Ibid.*, págs. 389 y ss.

[113] *Ibid.*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1051. Véanse, en el mismo sentido, el Asunto Kidd, fallado el 23 de abril de 1931 por la Comisión Mixta Gran Bretaña/México, creada en virtud del Acuerdo especial de 19 de noviembre de 1926 [*ibid.*, vol. V (N.º de venta: 1952.V.3), págs. 142 y ss.]; el Asunto Noyes, fallado el 22 de mayo de 1933 por la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos de América/Panamá, creada en aplicación de la Convención de 28 de julio de 1926 [*ibid.*, vol. VI (N.º de venta: 1955.V.3), pág. 311]; y los Asuntos Denham y Adams, fallados por dicha Comisión el 22 de mayo de 1933 (*ibid.*, págs. 312 y 313) y el 21 de junio de 1933 (*ibid.*, págs. 322 y 323), respectivamente. Se halla una confirmación autorizada del principio de que el Estado no responde automáticamente de todos los actos ilícitos que tengan lugar en su territorio en la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del estrecho de Corfú (fondo) (*C.I.J. Recueil 1949*, pág. 18).

[114] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1955.V.3), pág. 44. Véase asimismo el laudo dictado en el Asunto Lovett por la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos de América/Chile, creada en virtud de la Convención de 7 de agosto de 1892 [Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. III, págs. 2990 y ss.] y el laudo dictado en el Asunto Underhill por la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos de América/Venezuela, creada en virtud del Protocolo de 17 de febrero de 1903 [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publicación de las Naciones Unidas. N.º de venta: 59.V.5), pág. 159].

[115] *Ibid.*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), págs. 642 y ss. El árbitro Huber daría aplicación específica a tales principios en el Asunto Ziat Ben Kiran (*ibid.*, pág. 730).

cación de 1930 y en los debates de la propia Conferencia son particularmente significativas Todos los Estados que participaron en esos trabajos reconocieron que los actos de simples particulares no podían nunca ser atribuidos al Estado como fuente de responsabilidad internacional Admitieron que el Estado sólo avala, en su caso, el comportamiento de sus propios órganos en relación con esos actos de particulares que representan, como tales, una violación de sus obligaciones internacionales, y ello incluso en el caso de que los actos de particulares hayan sido realizados en circunstancias especiales (revueltas, disturbios internos, etc) o hayan causado daños a extranjeros que gocen de una protección especial (por ejemplo, agentes diplomáticos acreditados ante el Estado) Esto es lo que se infiere en primer lugar de las respuestas dadas a diversos puntos del cuestionario que les dirigió el Comité Preparatorio de la Conferencia [116] Habida cuenta de las respuestas recibidas, el Comité Preparatorio redactó las bases de discusion números 10, 17, 18, 19 y 22 *d*, todas las cuales se caracterizan, desgraciadamente, por tratar de la definición de las obligaciones relativas al trato de los extranjeros más bien que de la determinación de los hechos atribuibles al Estado como fuente de responsabilidad internacional La Conferencia no tuvo la posibilidad de examinar la base N° 22 *d* Por otra parte, la base N° 19 fue suprimida por estimarse que era un complemento inútil de la base N° 18, y las otras tres bases se refundieron en un solo texto a cuyo tenor

El Estado es responsable del daño causado por un particular a la persona o a los bienes de un extranjero si no ha adoptado las medidas de prevencion o represion que, atendidas las circunstancias, cabia razonablemente esperar de el [117]

20) Este texto origino un largo debate, durante el cual se produjo una clara escisión entre dos grupos de Estados unos favorables en principio al texto propuesto, estaban convencidos de que los Estados debían asegurar a los extranjeros, en ciertas circunstancias, una proteccion mayor que la que otorgaban a sus propios nacionales, otros, que se oponían al texto en discusion, no estaban dispuestos a admitir que se pudiera exigir para los extranjeros más que el trato dado a los nacionales De esta manera, se deslizó en la discusión la controversia tradicional entre los que, en materia de trato de los extranjeros, sostienen la tesis denominada del «estándar mínimo» y los que sostienen el principio de la igualdad de trato con los nacionales En vista de ello, no fue posible llegar a una solucion que pudiera recibir el apoyo de una gran mayoria Tras haberse descartado algunas propuestas, la discusión se reanudó en torno de un nuevo texto redactado por las delegaciones de Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Grecia e Italia, que decía así

En cuanto a los hechos cometidos por particulares que causen daños a la persona o los bienes de extranjeros, el Estado solo es responsable cuando el daño sufrido por los extranjeros proviene del hecho de que el Estado no haya adoptado las medidas que, segun las circunstancias, normalmente sean convenientes para prevenir, reparar o reprimir tales hechos [118]

Sin embargo, ni siquiera este texto, tomado del que había adoptado el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Lausana, podía satisfacer a los partidarios de la tesis más restrictiva en materia de régimen de extranjería Después de aprobado por el subcomité, se puso a votación y obtuvo 21 votos, contra 17 y 2 abstenciones [119] Pasó así a ser el artículo X del proyecto aprobado en primera lectura por el Comité III de la Conferencia, pero el resultado de la votación difícilmente permitía esperar su adopción definitiva

21) Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, los trabajos de la Conferencia de Codificación de 1930 permiten llegar a la siguiente conclusión si no se hubiera presentado una dificultad, que en fin de cuentas era ajena en la materia de la responsabilidad propiamente dicha, y si, por ejemplo, se hubiera podido debatir acerca de un texto que no se pronunciara sobre la definición del alcance de las obligaciones del Estado en materia de protección de los extranjeros, fácilmente se habría logrado un resultado muy positivo acerca de la cuestión de la responsabilidad que se examinaba Así lo prueba el hecho de que todos los Estados que finalmente se declararon en contra de la proposición de la Subcomisión habian previamente votado a favor de una propuesta presentada por China que solo difería de la propuesta de la mayoría en que aceptaba el principio de la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales [120]

22) Por ultimo, una cuestión que merece destacarse brevemente al examinar las posiciones adoptadas por los Estados con ocasion de la Conferencia de 1930 y de sus trabajos preparatorios es la de los criterios que debían utilizarse para determinar la cuantía de la indemnizacion debida por el Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de proteccion de los extranjeros con motivo de actos de particulares La conviccion de que tales criterios no pueden influir en la solucion que cabe dar al problema de la determinación del hecho que, en esas situaciones, se atribuye al Estado como fuente de responsabilidad internacional viene corroborada por la actitud adoptada por la mayoría de los Estados con respecto a la pregunta formulada por el Comité Preparatorio de la Conferencia en el punto XIV, *d*, de su cuestionario [121] Por otra parte, es interesante observar que, en la Conferencia, los gobiernos se pusieron de acuerdo finalmente para adoptar, en cuanto a la indemnización, una fórmula que, sin ser tan precisa como la propuesta por el Comité Preparatorio en la ba-

[116] Se trata de las respuestas dadas al punto VII, *a* (violacion por un Estado del deber de proteger a los extranjeros contra daños causados por particulares), al punto VII, *b* (incumplimiento por un Estado del deber de castigar a los particulares que causen daños a extranjeros), al punto VII, *c* (actos de particulares dirigidos contra extranjeros en su calidad de tales), al punto IX, *d* (daños causados por personas participantes en una insurreccion o en un motin o por la violencia de las turbas cuando el movimiento esta dirigido contra los extranjeros en su calidad de tales o contra personas de una determinada nacionalidad), y tambien al punto V, 1, *c* (daños causados por particulares a extranjeros revestidos «de caracter publico reconocido por el Estado») [Sociedad de las Naciones], *Bases de discussion (op cit)* pags 62 y ss , 93 y ss , 119 y ss y *Supplement au tome III (op cit)*, pags 2, 3, 13, 14, 18, 19 y 21

[117] Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conference (op cit)*, pag 143

[118] *Ibid*, pag 175

[119] *Ibid*, pag 190

[120] *Ibid*, pag 185

[121] Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion (op cit)*, pags 146 y ss , y *Supplement au tome III (op cit)*, pág 26

se de discusión N.º 29 [122], no parece por ello menos susceptible de una interpretación que permitiría tener en cuenta, al determinar la cuantía de la reparación, otros daños distintos de los provocados, en las hipótesis aquí previstas, por la omisión internacionalmente ilícita de los órganos del Estado [123].

23) Las posiciones adoptadas por los gobiernos con ocasión de situaciones concretas son también significativas. Procede tener en cuenta en primer lugar algunas situaciones en las que los perjuicios han sido causados por particulares a simples particulares extranjeros. En segundo lugar, deben considerarse situaciones especiales, como los actos lesivos cometidos, también contra particulares extranjeros, con ocasión de agitación popular, manifestaciones, motines y disturbios en general. Se ha de examinar, por último, la situación en casos de atentados cuyas víctimas ya no han sido simples particulares, sino personas con derecho a una protección especial, sobre todo representantes de Estados extranjeros, o hasta los propios Estados extranjeros, en caso de atentados contra su seguridad efectuados por particulares.

24) En cuanto a la primera categoría de situaciones, la práctica de los Estados Unidos de América es una de las más conocidas. En varias ocasiones, el Gobierno norteamericano ha expresado su convencimiento de que la responsabilidad internacional del Estado, en relación con actos de particulares, sólo puede producirse si, con ocasión de estos actos, el Estado no ha cumplido con sus obligaciones internacionales de protección. Cabe citar, a título de ejemplo, la posición adoptada por la American Mexican Claims Commission [124], establecida por la *Mexican Claims Act* de 1942, a propósito de las *Texas Cattle Claims* [125] y de la reclamación *Dexter* [126], así como los dictámenes emitidos por asesores jurídicos adjuntos del Departamento de Estado el 28 de mayo de 1952 [127] y el 17 de julio de 1957, respectivamente [128]. En las instrucciones enviadas en 1959 por el Departamento de Estado a la Embajada de los Estados Unidos en San Salvador, negándose a apoyar la reclamación presentada por un ciudadano norteamericano en contra de El Salvador, puede leerse que desde hace mucho tiempo la política del Gobierno de los Estados Unidos «se basa en el principio de derecho internacional generalmente aceptado de que un Estado no puede ser considerado responsable para con otro si el Estado demandado no ha causado un daño al Estado demandante» [129]. Otros gobiernos han defendido los mismos principios. Véase, por ejemplo, una nota del Gobierno alemán dirigida al Secretario General de la Sociedad de las Naciones a raíz de actos de alemanes que secuestraron en el Sarre a tres ciudadanos del mismo y los llevaron a Alemania para hacerlos detener [130]; y la respuesta que dio el 11 de julio de 1962 el Ministro de Estado británico a una interpelación parlamentaria relativa al *Asunto Diboku* que se refería a un súbdito del Protectorado británico de Bechuania, sometido a malos tratos por su empleador en Sudáfrica [131].

25) En lo que respecta a los actos que causan perjuicios a extranjeros cometidos durante motines, manifestaciones populares u otros disturbios, la práctica internacional ofrece muchos ejemplos de posiciones adoptadas por los gobiernos. Sin remontarse demasiado lejos en la historia, cabe mencionar en primer lugar la posición adoptada por los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de Italia en el *Asunto Cutler*. Durante una manifestación popular en Florencia, en octubre de 1925, una turba atacó el edificio donte tenía su oficina un ciudadano norteamericano, Cutler, y destruyó el mobiliario de la oficina. Se desprende de las respectivas posiciones adoptadas que, en el fondo, los dos Gobiernos estaban de acuerdo en reconocer que sólo se pueden atribuir al Estado como hechos internacionalmente ilícitos que comprometen su responsabilidad internacional los actos u omisiones emanados de autoridades oficiales del Estado. Ninguno de los dos invocaba la atribución al Estado del hecho del particular. La divergencia entre los dos Gobiernos se refería más bien a los criterios que pudieran utilizarse para determinar la cuantía de la indemnización en caso de que se comprobara una omisión internacionalmente ilícita por parte de las autoridades [132].

26) En el curso de los años treinta y de los años cincuenta, se produjo un doble reconocimiento de la imposibilidad de atribuir al Estado los actos de particulares con ocasión de disturbios populares o de manifestaciones de multitudes, reconocimiento que se desprende de las instrucciones dadas por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América a sus Embajadas respecto de los daños causados a ciudadanos estadounidenses en Cuba en 1933 [133] y en Libia en 1956 [134]. En

[122] El tercer párrafo de la base de discusión N.º 29 estaba concebido en los siguientes términos:

«Cuando la responsabilidad del Estado resulte solamente del hecho de no haber tomado las medidas necesarias después del acto lesivo, sólo está obligado a reparar el daño que se deba a la omisión, total o parcial, de esas medidas.» [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, pág. 152.]

[123] El texto que la Subcomisión encargada del estudio de la base N.º 29 presentó al Comité III y que, una vez aprobada por éste con 32 votos a favor, pasó a ser, con ligeras modificaciones de forma, el artículo 3 del proyecto aprobado en primera lectura por la Conferencia, sólo mencionaba la indemnización de los daños sufridos «cuando se originaran como consecuencia del incumplimiento de la obligación internacional». [Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, pág. 130.]

[124] Organismo interno norteamericano encargado de examinar las reclamaciones de nacionales estadounidenses por cuyo concepto México había pagado una suma fija global.

[125] M. Whiteman, *op. cit.*, págs. 752 y 753.

[126] *Ibid.*, págs. 755 y 756.

[127] *Ibid.*, pág. 757.

[128] *Ibid.*, pág. 738.

[129] *Ibid.*, pág. 816.

[130] Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 14.º año, N.º 8 (agosto 1933), pág. 1050.

[131] E. Lauterpacht, *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1962, págs. 195 y 196.

[132] Hackworth, *op. cit.*, págs. 658 y ss.

[133] *Ibid.*, pág. 658.

[134] Whiteman, *op. cit.*, págs. 831 y 832. El hecho de que el Departamento de Estado presentase al Gobierno del Irak una demanda de indemnización en favor de las familias de tres nacionales estadounidenses que habían perdido la vida en Bagdad, en 1958, con ocasión de un ataque de la multitud, no debe ser interpretado como un paso hacia atrás en relación con los principios enunciados anteriormente. Parecería que la demanda estadounidense se formuló fundándose en consideraciones de equidad y de humanidad más que jurídicas. En todo caso, es así como lo interpretó el Gobierno del Irak (*ibid.*, págs. 832 y 833).

ambos casos el Departamento de Estado se negó a apoyar las reclamaciones de sus nacionales basándose en el principio de que en tales casos la responsabilidad del Estado sólo podría nacer de una negligencia de las autoridades gubernamentales en la prevención o represión de las acciones perjudiciales. Más adelante en la respuesta del Ministro francés de Relaciones Exteriores a una interpelación parlamentaria relativa al asesinato de ciertos súbditos franceses en Marruecos aparece una de las expresiones más categóricas de la opinión de un Gobierno respecto de las cuestiones que aquí se tratan. En tal respuesta se dice lo siguiente:

> Siempre hemos insistido en la responsabilidad del Gobierno, no tanto en razón de una complicidad directa de su parte cuanto en razón del deber elemental que incumbe a todo Gobierno independiente de mantener el orden en su territorio [135].

Finalmente, durante un debate celebrado en el Parlamento británico respecto de los daños causados a unos súbditos británicos con ocasión de ciertos desórdenes acaecidos en Indonesia, se preguntó al Ministro de Relaciones Exteriores si el Gobierno tenía presente en sus negociaciones con Indonesia el hecho de que las autoridades indonesias habían observado una actitud pasiva y tolerante respecto de la conducta de la multitud. Respondiendo afirmativamente, el Ministro de Relaciones Exteriores aclaró que, basándose precisamente en este hecho, el Gobierno británico estaba negociando con el Gobierno indonesio para conseguir que reconociese su responsabilidad [136].

27) Especial atención merecen los casos en que los actos de particulares han ido dirigidos contra personas extranjeras investidas por su Estado de carácter representativo y respecto de las cuales ese Estado tenía derecho, por tanto, a exigir una protección particular [137]. Cabe preguntarse, en efecto, si, en tal caso, la regla general que se desprende claramente tanto de la práctica de los Estados como de la jurisprudencia arbitral no debería ser objeto de una excepción, a fin de que el Estado en cuyo territorio se hayan cometido los hechos lesivos de particulares sea considerado responsable de estos hechos, independientemente del comportamiento de sus órganos en lo que se refiere al cumplimiento de la obligación de protección especial que incumbe a los órganos del Estado con respecto a los representantes oficiales de Potencias extranjeras.

28) A este respecto, conviene examinar ante todo un incidente internacional cuyo interés reside en las actitudes y los debates que suscitó en el seno del Consejo de la Sociedad de las Naciones y de otros organismos internacionales: se trata del *incidente de Janina* o del *asesinato de los miembros italianos de la misión Tellini*. El 27 de agosto de 1923, el General Tellini, Presidente de la Comisión Internacional encargada por la Conferencia de Embajadores de delimitar la frontera greco-albanesa y los miembros de la delegación italiana en la Comisión fueron asesinados por unos desconocidos en las proximidades de Janina, en territorio griego. El 29 de agosto, el Gobierno italiano dirigió al Gobierno griego una nota en la que formulaba una serie de peticiones, que iban desde el castigo de los culpables a diferentes formas de reparación del perjuicio moral y material causado a Italia [138]. El Gobierno griego respondió al día siguiente negando su responsabilidad en lo sucedido y declarando que sólo estaba dispuesto a aceptar algunas de las demandas del Gobierno de Roma, entre ellas la relativa al pago de una indemnización a las familias de las víctimas [139]. Italia procedió entonces a la ocupación de Corfú como medida de aseguramiento para garantizar el cumplimiento por Grecia de sus obligaciones. Con este motivo, Grecia sometió, el 1.º de septiembre, la controversia al Consejo de la Sociedad de las Naciones [140]. En esta fase del asunto, la actitud del Gobierno italiano parecía indicar que, dado el carácter del delito y la personalidad de las víctimas, estimaba que la responsabilidad del Gobierno griego dimanaba del mero hecho de que el delito había sido cometido en territorio griego y no de la eventual actitud de órganos del Estado territorial en relación con lo ocurrido. El Gobierno italiano no hizo ninguna referencia al eventual incumplimiento por las autoridades griegas de sus deberes de vigilancia y de protección. En cambio, el Gobierno griego, aun reconociendo que se debía reparación al Gobierno italiano por el odioso crimen cometido, impugnó la alegación de una responsabilidad moral y material del Gobierno helénico en lo relativo a dicho crimen, ya que no se había aportado ninguna prueba de que hubiese habido incumplimiento de los deberes que le incumbían [141]. La Conferencia de Embajadores que había intervenido por su parte, adoptó el 5 de septiembre una resolución que comunicó al Consejo de la Sociedad de las Naciones [142]. Dicha resolución presentaba algunos aspectos contradictorios y no dejó de suscitar reservas en el debate que tuvo lugar en el Consejo de la Sociedad de las Naciones sobre la respuesta que había que dar a la comunicación recibida de la Conferencia de Embajadores [143]. Por un lado, aceptaba la propuesta griega de crear una comisión de investigación encargada de esclarecer las circunstancias del hecho, y, por tanto, la existencia de una eventual responsabilidad de Grecia. Pero, por otro lado, afirmaba como principio de derecho internacional la responsabilidad automática de los Estados por los delitos y atentados políticos cometidos en su territorio, sumándose así a la posición adoptada entonces por el Gobierno italiano. El incidente fue resuelto por la Conferencia de Embajadores, que el 13 de septiembre adoptó una resolución en la que tomaba nota de que el Gobierno griego se comprometía a presentar excusas y a ofrecer otras formas solemnes de satisfacción, así

[135] A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, París, C.N.R.S., 1965, vol. III, pág. 636.

[136] E. Lauterpacht, *British Practice in International Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1963, pág. 120.

[137] Desde este punto de vista, los actos contra personalidades oficiales extranjeras pueden asimilarse a los actos perpetrados por particulares contra bienes de un Estado extranjero, como el edificio de una embajada, la sede de un consulado, etc.

[138] Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 4.º año, N.º 11 (noviembre de 1923), pág. 1413.

[139] *Ibid.*, págs. 1413 y 1414.

[140] *Ibid.*, págs. 1412 y 1413.

[141] *Ibid.*, págs. 1288 y 1289.

[142] *Ibid.*, pág. 1294.

[143] *Ibid.*, págs. 1294 y ss.

como del pago hecho por este Gobierno al Banco Nacional suizo de una suma como garantía de la reparación que pudiera fijarse en caso de que no fuesen hallados los culpables. La resolución tomaba nota también de que el Gobierno italiano se comprometía a evacuar la isla de Corfú [144].

29) El Consejo de la Sociedad de las Naciones tomó nota de la solución del asunto en la sesión celebrada el 17 de septiembre [145]. No obstante, el 28 de septiembre decidió someter a un Comité especial de juristas cinco cuestiones relativas a problemas de derecho internacional planteados por el incidente italo-griego [146]. En respuesta al punto V, formulado por el Consejo, el Comité de juristas declaró lo siguiente:

> Un Estado sólo incurre en responsabilidad por un delito político cometido contra la persona de extranjeros en su territorio si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente. El hecho de que un extranjero se halle investido de un carácter público reconocido y las circunstancias en que se encuentra en el territorio del Estado entraña, para éste, un deber de vigilancia especial respecto del mismo [147].

Por lo tanto, la opinión del Comité de juristas se apartaba netamente de la que había expresado la Conferencia de Embajadores en 1923. Según el Comité, la responsabilidad del Estado no existe más que en caso de incumplimiento por los órganos del Estado de su deber de proteger especialmente a las personas perjudicadas por un atentado cometido por particulares. El Consejo de la Sociedad de las Naciones examinó la respuesta del Comité de juristas y la aprobó por unanimidad, incluida Italia, el 13 de marzo de 1924 [148]. Así, pues, al manifestarse de acuerdo con las conclusiones de los juristas, la voz del Estado lesionado, pasada la emoción suscitada por el acontecimiento, se sumó a la de los demás países en el reconocimiento general del principio según el cual, incluso en los casos especiales considerados, el Estado sólo es responsable finalmente de las acciones u omisiones de sus órganos.

30) El incidente reseñado dio lugar a debates en el seno de la organización internacional más importante de aquella época. Numerosos incidentes, incluso recientes, han suscitado también discusiones interesantes sobre este punto en el plano diplomático bilateral. En general, tales discusiones confirman que los casos de actos de particulares contra personas o bienes extranjeros a los que los Estados están obligados a conceder una protección especial no constituyen ninguna excepción a la regla general relativa a la posible determinación de una responsabilidad internacional del Estado con ocasión de actos de particulares. También en estos casos el principio de que el Estado sólo es responsable del comportamiento observado por sus órganos con motivo de actos de personas privadas parece ser un principio firmemente arraigado en la realidad de las relaciones internacionales. Si en los casos de esta índole los gobiernos demandantes alegan con más frecuencia la responsabilidad internacional del Estado territorial, que también es reconocida más a menudo por los gobiernos demandados, ello sólo se debe al carácter mucho más severo de la obligación de protección que incumbe al Estado respecto de las personas o bienes de que se trata.

31) En el asunto *Worowski*, por ejemplo, que era el enviado del Gobierno soviético a la Conferencia de Paz de Lausana y que el 10 de mayo de 1923 fue muerto por un individuo llamado Conradi, lo que acarreó después la ruptura de todas las relaciones comerciales y de otro tipo entre la Unión Soviética y Suiza, la discrepancia entre ambos países, reducida a lo esencial, no se refería a los principios sino a los hechos [149]. La controversia versaba en realidad sobre la cuestión de si había habido o no, en ese caso concreto, incumplimiento por parte de los órganos del Estado suizo de sus obligaciones de protección, ya que ambas partes estaban manifiestamente de acuerdo en que, en caso de actos lesivos realizados por particulares, sólo se puede alegar en el plano jurídico como fundamento de una responsabilidad del Estado la conducta observada por los órganos del Estado en relación con tales actos. Confirman también este principio opiniones autorizadas, expresadas con motivo de otros asuntos como, por ejemplo, el del asesinato del diplomático belga *Barón de Borchgrave* [150] y el de la *agresión del Cónsul de Italia en Chambéry* [151], así como las reclamaciones dirigidas por el Secretario General de las Naciones Unidas a Israel en el contexto del *Asunto Bernadotte* [152], a Jordania en el asunto del funcionario *Bakke* [153] y a Egipto en el asunto del teniente coronel *Quéru* y del capitán *Jeannel* [154]. En la vida internacional contemporánea se han dado muchos casos de ataques contra misiones diplomáticas o consulares o instalaciones oficiales extranjeras. Hay que advertir que, cuando se han planteado expresamente los problemas que aquí se examinan, las partes se han basado en el comportamiento de los órganos del Estado receptor para afirmar o excluir la responsabilidad internacional de ese Estado [155].

[144] *Ibid.*, págs. 1305 y 1306.

[145] *Ibid.*, págs. 1306 y ss.

[146] *Ibid.*, págs. 1349 y ss.

[147] *Ibid.*, 5.º año, N.º 4 (abril de 1924), pág. 524.

[148] *Ibid.*, págs. 523 y ss. Al año siguiente, el Consejo transmitió esta respuesta a los Estados miembros de la Sociedad de las Naciones solicitando sus observaciones. Entre noviembre de 1925 y febrero de 1926 recibió 21 respuestas: todos los gobiernos que manifestaron su parecer sobre este punto expresaron unánimemente su convicción de que el Estado sólo incurría en responsabilidad cuando la autoridad constituida había actuado con negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones [*ibid.*, 7.º año, N.º 4 (abril de 1926) págs. 597 y ss.].

[149] Para el texto de las declaraciones, telegramas y notas de las partes referentes a este asunto, véase K. Furgler, *op. cit.*, págs. 58 y ss.; Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 7.º año, N.º 5 (mayo de 1926), pág. 661; Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *Kurs mezhdunarodnogo prava*, redacción general de F. I. Kojevnikov *et al;* Moscú, Nauka, 1969, tomo V, pág. 430, notas 62 y 63 y pág. 438, nota 81.

[150] Véase la memoria del Gobierno belga de 15 de mayo de 1937 en *C.P.J.I.*, serie C, N.º 83, págs. 23 y ss., especialmente págs. 28 a 32; la memoria de presentación de excepciones preliminares depositada por el Gobierno español el 29 de junio de 1937 (*ibid.*, págs. 55 y ss). Véanse también las notas incluidas en anexo a ambas memorias.

[151] Kiss, *op. cit.*, pág. 615.

[152] M. Whiteman, *op. cit.*, págs. 742 y ss.

[153] *Ibid.*, págs. 744 y ss.

[154] *Ibid.*, págs. 746 y 747.

[155] Por ejemplo, en relación con la agresión contra la *Legación de Rumania en Berna* (1954) [G. Perrin, «L'agression contre la Légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, y. XXVII, N.º 3 (julio-septiembre

(Continúa en la página siguiente.)

32) Cabe todavía preguntarse si los actos ejecutados en el territorio de un Estado por personas, y sobre todo por grupos o bandas, que han elaborado sus planes de acción en el territorio de un Estado vecino no se deberían considerar como una categoría especial de actos de particulares que pueden plantear cuestiones de responsabilidad internacional. La historia abunda en ejemplos de incidentes provocados por tales acciones. Es inútil detenerse a citar aquí ejemplos concretos [156]. Existen sin duda situaciones en las que se trata de acciones realizadas por grupos que son y siguen siendo entidades privadas, o al menos totalmente ajenas al aparato del Estado en cuyo territorio residen. En tal caso, las acciones de tales grupos en el territorio de otro Estado no constituyen una categoría aparte, distinta de los demás actos de particulares. En relación con tales acciones puede aparecer una responsabilidad internacional de ese Estado, pero siempre por una de las diversas razones ya expuestas, que traen aparejada una responsabilidad en circunstancias análogas. Se acusará al gobierno del país de haber incumplido, en lo que le concierne, obligaciones internacionales de vigilancia, protección y control, o de haber faltado al deber específico de no tolerar en su territorio la preparación de acciones dirigidas contra un gobierno extranjero o susceptibles de poner en peligro la seguridad de ese gobierno, etc. En otras palabras, se tratará siempre de los mismos hechos ilícitos internacionales de omisión que suelen achacarse a los Estados en relación con los actos de particulares y de los cuales se han dado ya muchos ejemplos [157]. Para que el Estado pueda incurrir en una responsabilidad debida a otras causas, una responsabilidad que emane directamente de acciones cometidas por las bandas o grupos considerados, es preciso que la situación sea distinta. Para ello, las relaciones de esos grupos con el gobierno del país en que tienen su base han de ser de naturaleza diferente y más estrecha. Cuando se comprueba que ese gobierno alienta e incluso procura promover la organización de esos grupos, que los ayuda financieramente, los adiestra, los arma, coordina su acción con la de sus propias fuerzas con miras a posibles operaciones, etc., tales grupos dejan de ser particulares desde el punto de vista del derecho internacional. Pasan a ser entidades que actúan de consuno con el Estado y con su instigación, que cumplen misiones autorizadas o incluso asignadas a ellos por el Estado. Entran entonces en la categoría de esas personas o grupos vinculados de hecho, si no formalmente, con la organización del Estado, a los que se suele denominar «órganos de hechos» y que se han analizado en el apartado *a* del artículo 8 del presente proyecto [158]. Cuando ejecutan las actividades previstas, estas actividades son atribuidas al Estado y son hechos internacionalmente ilícitos de este último, hechos ilícitos de acción y no de omisión, que por esta razón comprometen la responsabilidad internacional de ese Estado. Evidentemente, se está lejos de las simples hipótesis de una responsabilidad del Estado en relación con actos de particulares.

33) Las opiniones expresadas por los autores que se han ocupado del tema pueden agruparse en cuanto a lo esencial en tres corrientes fundamentales según su adhesión de principio a una u otra de las diversas soluciones teóricamente posibles de los problemas de que se trata. Puede empezarse por recordar las opiniones que, basándose en la «solidaridad del grupo social» o en la noción de «garantía» llevan a atribuir al Estado, como fuente de responsabilidad internacional, las acciones de los particulares, de modo totalmente independiente de la actitud que eventualmente hayan observado los órganos en relación con dichas acciones. La primera idea ha podido tentar a algunos autores modernos [159], pero no tiene muchos adeptos en la época actual. En cuanto a la segunda, pocas veces ha sido sostenida como criterio de aplicación general [160]. Esta idea, sobre todo en el pasado, encontró partidarios que defendieron su aplicación en situaciones especiales, que iban

(Continuación de la nota 155)

de 1957), págs. 414 y 445; *Annuaire suisse de droit international, 1959*, Zurich, 1960, pág. 225]; la agresión contra la Legación de Hungría en Berna (1958) [*Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXX, N.º 1 (enero-marzo de 1959), págs. 115 y ss.]; la destrucción del Pabellón soviético en la feria de Izmir (1964) [*Pravda*, 31 de agosto de 1964; y el Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág 438], las manifestaciones contra la Embajada de los Estados Unidos de América en Moscú (1964-1965) [*The New York Times*, 11 de febrero y 5, 6, 7 y 8 de marzo de 1965; *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXVI, N.º 1 (enero-marzo de 1965), págs 159 y ss.], y las manifestaciones contra la Embajada de la URSS en Pekín (1966) [*Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXVIII, N.º 1 (enero-marzo de 1967), págs 182 y ss.].

[156] Para un análisis detallado de la práctica de los Estados en materia de litigios suscitados por la acción de bandas armadas organizadas en países extranjeros, véase I. Brownlie, «International law and the activities of armed bands», *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, N.º 4, octubre de 1958, págs. 724 y ss.

[157] Son precisamente acusaciones de violación por omisión de ejercer el control y la vigilancia debidos a las que se formularon, por ejemplo, en las quejas dirigidas a principios de 1958 por el Gobierno francés al Gobierno tunecino para poner de relieve la responsabilidad de este último en relación con el tráfico de hombres y de material que se realizaba en la frontera argelino-tunecina (Kiss, *op. cit.*, pág. 558). Las quejas dirigidas por España a los Estados Unidos de América con motivo del ataque de lanchas anticastristas contra el carguero español *Sierra Aránzazu*, que tuvo lugar en el Mar de las Antillas el 14 de septiembre de 1964 [*Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXVI, N.º 1 (enero-marzo de 1965), págs. 126 y ss.], tenían el mismo carácter.

[158] Sobre este particular, resulta instructivo leer la nota de fecha 21 de febrero de 1934 del departamento jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia (Kiss, *op. cit.*, pág. 585) sobre la polémica entre el Gobierno alemán y el Gobierno austríaco a propósito de la creación en Alemania de la Liga de Combate de los austríacos alemanes y de las actividades de dicha Liga. La historia de las reclamaciones relativas a casos de este género muestran por otra parte que las discusiones entre los países interesados han girado siempre en torno a la existencia y la prueba de nexos entre el gobierno y los organismos que dicen ser privados y que llevan a cabo actividades perjudiciales para los Estados vecinos Sobre casos de «agresión indirecta» por intermedio de grupos armados «privados», vease, recientemente, S. G. Kahn «Private armed groups and world order», *Netherlands Yearbook of International Law, 1970*, Leiden, vol. I , 1971 págs. 32 y ss.

[159] G. Arangio Ruiz, en un momento dado, parece querer recoger esta idea bajo una forma nueva [«Stati e altri enti (Soggettività internazionale)» *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, vol. XVIII, 1971, pág. 154, nota 9].

[160] A. Soldati (*La responsabilité des Etats dans le droit international*, París, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1934, págs. 83 y 84) es el único, que se sepa, en sostener que el Estado, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, debe responder en general de la conducta de cualquiera.

desde hechos cometidos en ocasión de revueltas, de guerras civiles o de manifestaciones xenófobas [161], hasta hechos perpetrados contra personas o bienes con derecho a una protección especial [162]. La segunda corriente de opinión reúne a quienes, si bien se diferencian entre sí en muchos otros aspectos, coinciden más o menos en un punto esencial. Según ellos, la acción de la persona privada puede atribuirse al Estado como fuente de responsabilidad internacional, pero a condición de que su ejecución se haya caracterizado por la presencia de otros comportamientos, particularmente por la ausencia de prevención o de reacción *a posteriori*, cuando estas omisiones emanen directamente del Estado, es decir, de sus órganos. Esta tesis, conocida como «teoría de la complicidad» [163] predominó en las obras de los internacionalistas del siglo XIX; por lo demás, se echa de ver su influencia en ciertas decisiones arbitrales de la misma época. Abandonada en general a partir del primer decenio del siglo XX, fue sin embargo sostenida aún ulteriormente por ciertos autores [164]. En algunos aspectos, las teorías defendidas por ciertos autores más modernos que se inspiran en concepciones particulares de la organización y de la naturaleza del Estado como sujeto de derecho internacional, tienen también afinidad con la tesis que acaba de exponerse [165]. Su rasgo común es hacer menos determinante, si no suprimir, la distinción entre hechos emanados de personas privadas y hechos emanados de órganos para los efectos de considerar un comportamiento individual como un hecho del Estado. La tercera corriente es la que agrupa a la gran mayoría de los autores modernos. La conclusión científica en que dicen basarse esos diferentes autores de una u otra manera es la siguiente: las acciones u omisiones dimanantes de personas privadas que son y siguen siendo tales no se atribuyen al Estado en derecho internacional: no se convierten en «hechos del Estado» que pueden comprometer como tales su responsabilidad para con otros Estados. Los actos de individuos o de sociedades privadas, nocivos para Estados extranjeros, para sus representantes o para sus nacionales, son a menudo ocasión de un hecho ilicito internacional del Estado, pero de un hecho ilícito que está representado por un comportamiento de órganos estatales. Suelen constituir un acontecimiento exterior que cobra el valor de elemento catalizador de la ilicitud del comportamiento de esos órganos en relación con la situación concreta. Pero el Estado no es internacionalmente responsable más que de la acción, y más frecuentemente de la omisión, de sus órganos, culpables de no haber hecho todo lo que estaba a su alcance para prevenir el acto lesivo de la persona privada o para castigarlo de manera adecuada en caso de que, a pesar de todo, se haya producido esta acción. Es responsable de haber infringido, no la obligación internacional con la cual podría estar en contradicción el acto de la persona privada, sino la obligación general o especial que impone a sus órganos un deber de protección [166]. Por último, hay que observar que la

[161] Véase F. Brusa, «Responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile», *Annuaire de l'Institut de droit international, 1898*, París, t. 17, 1898, págs. 96 y ss.; Fauchille, *ibid., 1900*, t. 18, 1900, págs. 234 y 235. Un nuevo informe conjunto de E. Brusa y L. van Bar («Nouvelles thèses», *ibid.*, págs. 47 y ss.), que sostenía una tesis análoga, fue aprobado por la mayoría del Instituto de Derecho Internacional (*ibid.*, págs. 254 y ss.). Sin embargo, los autores no dieron una acogida favorable a tales concepciones. Solamente J. Goebel [«The international responsability of States for injuries sustained by aliens on account of mob violence, insurrections and civil wars», *American Journal of International Law*, Wáshington (D.C.), vol. 8, N.º 4 (octubre de 1914), págs. 802 y ss.] trató algunos años más tarde de defender las ideas de Brusa. Más recientemente, otros autores han preconizado la adopción de una solución que prevea la responsabilidad del Estado por todos los daños causados a extranjeros en ocasión de movimientos de turbas xenófobas, pero sin pretender que esa fuera ya la solución establecida en las relaciones internacionales. Véase, por ejemplo, J. W. Garner, «Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of mob violence, riots and insurrection», *Proceedings of the American Society of International Law (Twenty-first annual meeting, Washington, D.C., April 28-30, 1927)*, Wáshington (D. C.), 1927, págs. 57, 58 y 62.

[162] La responsabilidad del Estado por todos los hechos de particulares cometidos en estas condiciones ha sido sostenida por A. Decencière-Ferrandière (*La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, París, Rousseau, 1925, pág. 128), por C. Eagleton (*op. cit.*, págs. 80, 81 y 93), por J. Dumas («La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur le territoire au préjudice d'étrangers», *Recueil des cours..., 1931-II*, París, Sirey, 1932, t. 36, pág. 254), por L. Cavaré (*Le droit international public positif*, 2.ª edición, París, Pédone, 1962, t. II, págs. 496 y 497), por D. W. Greig (*op. cit.*, pág. 444). A propósito de esto, observamos que M. R. García Mora (*International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons against Foreign States*, La Haya, Nijhoff, 1962, págs. 28, 29 y 35) preconiza la adopción de una norma para reemplazar la que hoy está en vigor, según la cual el Estado sería automáticamente responsable de todos los hechos cometidos en su territorio por particulares, cuando estos hechos fueran susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales.

[163] Esta tesis, sostenida ya por H. Grotius (*De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, Amsterdam MDCXLVI, lib. II, págs. 366 y ss.), ha sido desarrollada por E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturalle*, Lyon, Robert et Gauthier, 1802, t. II, pág. 72.

[164] Véase, por ejemplo, E. M. Borchard, *op. cit.*, pág. 217; C. C. Hyde, «Concerning damages ariging from neglect to prosecute», *American Journal of International Law*, Wáshington (D.C.), vol. 22, N.º 1 (enero de 1928), págs. 140 y ss.; J. L. Brierly, «The theory of implied State complicity in international claims», *The British Year Book of International Law, 1928*, Londres, vol. 9, págs. 42 y ss. Los dos últimos autores citados reemplazan el término «complicidad», considerado demasiado fuerte, por el de «perdón» («*condonation*»), sobre todo con la idea, que era la de Nielsen, en el Asunto Janes, de facilitar el cálculo de la indemnización en las hipótesis de «omisión de penar», basándose para tal fin en los daños provocados por la acción del particular.

[165] G. Biscottini, «Volontà ed attività dello Stato nell'ordinamento internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Padua, XXXIV° año, 4.ª serie, vol. XXI, fsc. I-II, 1942, págs. 19 y ss. y 31 y ss.; G. Arangio Ruiz (*op. cit.*, págs. 153 y 154); L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, París, Sirey, 1938, pág. 206.

[166] Véase, por ejemplo, H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Mohr (Siebeck), 1899, págs. 333 y 334; D. Anzilotti, «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers», *Revue générale de droit international public*, París, t. XIII, N.ºs 1 y 3 (1906), reimpreso en *Scritti di dirrito internazionale pubblico*, Padua, CEDAM, 1956, t. I, pág. 195; P. Schoen, «Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerläubten Handlungen», *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Kern's, Suplemento 2 al tomo X, 1917, págs. 36 y ss. y 63 y ss.; A. Jess, *Politische Handlungen Privater gegen das Ausland und das Völkerrecht*, Breslau, Marcus, 1923, págs. 22 y ss.; K. Strupp «Die völkerrechtliche Haftung des Staates, insbesondere bei Handlungen Privater», *Abhandlungen zur fortschreitenden Kodifikation des internationalen Rechts*, Kiel, Verlag des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1927, fasc. I, págs. 88 y ss. 23 y ss.; Ch. de Visscher, «La responsabilité des Etats», Bibliotheca Visseriana, Leiden, Brill, 1924, t. II, págs. 102 y ss.; A. Decencière-

(Continúa en la página siguiente.)

gran mayoría de los internacionalistas que han consagrado su atención a los problemas específicos de actos cometidos por particulares en situaciones especiales (tales como motines, manifestaciones de turbas, agitaciones xenófobas, etc.), o a actos lesivos contra personas o bienes que gozan de una protección especial, han reafirmado también en ese contexto la validez de la regla general: estas acciones no pueden atribuirse al Estado como fuente de responsabilidad internacional [167].

34) Los proyectos de codificación, ya provengan de asociaciones científicas o de autores privados, o hayan sido redactados bajo los auspicios y por cuenta de organismos oficiales, son unánimes al afirmar que, en caso de actos particulares perjudiciales para extranjeros, sólo puede haber responsabilidad del Estado cuando los órganos estatales se han hecho culpables de omisiones internacionalmente ilícitas en la prevención o la represión de esos actos, o cuando se ha denegado a las personas lesionadas las vías apropiadas para interponer sus reclamaciones. Pero, aparte de esto, esos proyectos suelen ser poco claros de sobre puntos esenciales, o entran en esferas distintas de la que interesa aquí. Tratan al mismo tiempo de definir las obligaciones internacionales del Estado en lo que se refiere a la protección de los extranjeros contra los daños causados por personas privadas. De ahí que no sea posible inspirarse en ellos para la formulación del presente artículo.

35) El examen de la jurisprudencia internacional, de la práctica de los Estados y de las opiniones de los autores de obras científicas permite a la Comisión llegar a las conclusiones siguientes: *a*) según los criterios que se han afirmado progresivamente en las relaciones jurídicas internacionales, el hecho de una persona privada que no actúa por cuenta del Estado no puede atribuirse al Estado y no puede, como tal, comprometer la responsabilidad del Estado; esta conclusión es válida sean cuales fueren las circunstancias en las que actúe la persona privada y sean cuales fueren los intereses afectados por su comportamiento; *b*) si a veces invoca una responsabilidad internacional del Estado con ocasión de actos de personas privadas, esta responsabilidad tiene únicamente como base el comportamiento internacionalmente ilícito observado por órganos del Estado en relación con los actos de la persona privada. La Comisión opina que la norma que se deduce de la aplicación de los criterios arriba resumidos responde perfectamente a las necesidades de la vida internacional actual y que no hay necesidad de modificarla. La Comisión estima, en particular, que no sería en modo alguno oportuno introducir una excepción a esa norma para los actos que afecten a ciertos intereses determinados (la seguridad de los Estados extranjeros, por ejemplo) o para los comportamientos adoptados en circunstancias especiales, tales como un motín u otras formas de disturbios internos. La Comisión no cree tampoco que fuera útil seguir la sugerencia de ciertos autores, consistente en imponer al Estado la obligación de ofrecer una verdadera garantía en relación con las consecuencias perjudiciales para Estados extranjeros, sus representantes y sus nacionales, de actividades de personas privadas; esa garantía debería entrar en juego incluso cuando no pudiera reprocharse al Estado ningún incumplimiento de sus obligaciones internacionales con ocasión de los hechos de que se tratara. Una garantía de este tipo puede tener cabida en una convención especial, destinada a prevenir o a reprimir los actos de ciertas categorías particulares de personas. Pero no se puede hacer de ella una regla general sin trastornar el equilibrio de las relaciones jurídicas internacionales. La Comisión estima, por lo tanto, que la norma que se propone definir no debe alejarse en cuanto a su contenido de la que está hoy en vigor en el derecho consuetudinario internacional.

36) En lo que toca a la fórmula adoptada por la Comisión para expresar la norma de que se trata, la expresión «persona o... grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado», que figura en el *párrafo 1* del artículo, merece unos breves comentarios. La expresión «persona» se ha preferido a otras porque comprende tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. Se ha mencionado a los «grupos de personas» al lado de las personas aisladas porque los actos que contempla este artículo emanan muy frecuentemente de grupos colectivos. No se ha considerado útil calificar estas expresiones con el adjetivo «privadas» aunque es evidente que en la gran mayoría de los casos el presente artículo se aplicará a actos de personas privadas, por dos razones. La primera es que, en lo que concierne a las personas jurídicas, la regla debe aplicarse también a las que no están calificadas de «privadas» según el derecho interno,

(Continuación de la nota 166.)

Ferrandière, *op. cit.*, págs. 62, 63 y 118; L. Strisower, *loc. cit.*, págs. 472 y ss., 481 y ss. y 491; C. Eagleton, *op. cit.*, págs. 77 y 79; A. Roth, *Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten*, Berlín, Heymann, 1934, págs. 28 y ss.; A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green, 1938, págs. 20, 27, 367 y ss.; J.G. Starke, *loc. cit.*, págs. 112 y ss.; R. Ago, *loc. cit.*, págs. 473 y ss.; R. Monaco, *loc. cit.*, págs. 225 y ss.; H. Accioly, *loc. cit.*, págs. 395 y ss. y 404 y ss.; A. Schüle, «Völkerrechtliches Delikt», *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2.ª edición, Berlín, de Gruyter, 1960, t. I, pág. 333; I. von Münch, *op. cit.*, págs. 224 y ss.; D. B. Levin, *op. cit.*, págs. 81 y ss.; C. F. Amerasinghe, *loc. cit.*, págs. 92 y ss.; E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, págs. 558 y ss.; G. Ténékidès, *loc. cit.*, pág. 788; P. Kuris, *op. cit.*, págs. 196 y ss. Esta tesis ha sido sostenida también en muchas obras de carácter general por autores como Ross, Redslob, Rousseau, Verdross, Cheng, Guggenheim, Quadri, Morelli, Dahm, Sørensen, Sereni, Delbez y Akehurts, así como por el Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética.

[167] Véanse, por ejemplo, H. Arias, «The non-liability of States for damages suffered by foreigners in the course of a riot, an insurrection or a civil war», *American Journal of International Law*, Wáshington (D.C.), vol. 7, N.º 4 (octubre 1913), págs. 724 y ss.; K. Strupp, «Responsabilité internationale de l'Etat en cas de dommages causés aux ressortissants d'un Etat étranger en cas de troubles, d'émeutes ou de guerres civiles», International Law Association, *Report of the Thirty-first Conference, held at the Palace of Justice*, Buenos Aires, 24 de agosto a 30 de agosto, 1922, Londres, Sweet and Maxwell, 1923, vol. I, págs. 133 y ss.; V. M. Maúrtua y J. B. Scott, *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners*, Nueva York, Oxford University Press, 1930, págs. 60 y 61; L. A. Podestá Costa, «La responsabilidad del Estado por daños irrogados a la persona o a los bienes de extranjeros en luchas civiles», *Revista de derecho international*, La Habana, t. 34, N.º 67 (septiembre de 1938) y N.º 68 (diciembre de 1938), págs. 220 y ss.; L. Delbez «La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la súreté d'un Etat étranger», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. IV (1930), págs. 469 y ss.; Q. Wright, «Responsibility for injuries to United Nations officials», *American Journal of International Law*, Wáshington (D.C.), vol. 43, N.º 1 (enero de 1949), págs. 98 y 99.

a las personas jurídicas «paraestatales», por ejemplo. La no atribución al Estado de los actos y omisiones de esas personas es tan indudable como la de los actos y omisiones de una sociedad privada, siempre que, evidentemente, las personas de que se trata no estén habilitadas por el derecho interno del Estado para el ejercicio de las prerrogativas del poder público, o, por lo menos, siempre que los actos y omisiones de que se trata no entren dentro del marco del ejercicio de tales prerrogativas. La segunda razón es que, cuando se trata de personas físicas sobre todo, la norma debe aplicarse también a las que poseen la condición jurídica de órganos del Estado o de otra de las entidades a que se refiere el artículo 7 del proyecto en la medida en que esas personas actúen en su calidad de personas privadas sin ninguna relación con las funciones oficiales que ejercen en otras ocasiones. Por último, se han insertado las palabras «no actúe por cuenta del Estado» para excluir del campo de aplicación de la norma los actos cometidos en circunstancias que, conforme a las disposiciones de los artículos 7 y 8, justifican excepcionalmente la atribución al Estado del comportamiento de personas físicas o jurídicas que no forman parte del aparato estatal propiamente dicho.

37) El *párrafo 2* del artículo enuncia una cláusula de salvaguardia. Esta cláusula tiende a evitar que en caso de actos perjudiciales para Estados extranjeros o para sus representantes o nacionales, que no puedan atribuirse al Estado porque emanan de las personas a que se refiere el párrafo 1, el Estado no intente sustraerse también a la responsabilidad internacional en que puede incurrir por el comportamiento observado en relación con esos actos por órganos del Estado. En lo que se refiere a la redacción de esta cláusula, la Comisión ha estimado que debía tener en cuenta dos exigencias. Por una parte, no ha querido tocar, siquiera sea de manera indirecta, la determinación del contenido de las obligaciones que ligan a un Estado con Estados extranjeros en materia de protección de estos últimos, de sus representantes y de sus nacionales, contra los actos perjudiciales que emanan de personas que no actúan por cuenta del Estado. Por otra parte, ha querido subrayar que tiene que haber una relación, un nexo, entre los hechos del Estado contemplados en el presente párrafos y los actos perjudiciales de las personas a que se refiere el párrafo 1. Por lo que toca a la primera exigencia, la Comisión ha considerado que procedía ser particularmente riguroso en la aplicación del criterio elegido y que no había que olvidar que precisamente se está tratando de establecer a la vez el contenido de las normas de responsabilidad y el contenido de las obligaciones «primarias» de los Estados en materia de régimen de extranjería y que el primer ensayo de codificación de la materia de la responsabilidad de los Estados, emprendido en 1930 por la Sociedad de las Naciones, fracasó. La Comisión ha preferido, pues, no concretarse a una fórmula en la que se indique que la norma enunciada en el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de la falta de utilización de todos los medios razonables de que éste dispone para prevenir o reprimir el comportamiento perjudicial de las personas de que se trata. Ha descartado igualmente otra fórmula, en la que se decía que la norma se entendería sin perjuicio de la atribución al Estado de la omisión eventual de sus órganos en el caso de que éstos hubieran debido actuar para prevenir o reprimir tales hechos (de personas privadas) y no lo han hecho. En relación con la segunda exigencia, la expresión «comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas» a que se refiere el párrafo 1, ha parecido más indicada para expresar el nexo que debe existir en los casos aquí examinados entre el comportamiento que puede atribuirse al Estado y los actos de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo. Se ha optado por «comportamiento» en vez de «omisión» porque la violación por un Estado de sus obligaciones internacionales en relación con los actos de las personas de que se trata puede también manifestarse por una acción, aunque el hecho sea excepcional. Por último, la expresión «cualquier... comportamiento que... deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10» se ha preferido a la expresión «cualquier comportamiento de un órgano del Estado» porque la violación de la obligación puede realizarse por cualquier comportamiento que deba ser atribuido al Estado en virtud de los artículos mencionados y no solamente por un comportamiento de órganos del Estado según las disposiciones de los artículos 5 y 6.

Artículo 12.—Comportamiento de órganos de otro Estado

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento que haya observado en su territorio, o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción, un órgano de otro Estado que actúe en esa calidad.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el previsto en dicho párrafo, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

Comentario

1) En la vida internacional, abundan los ejemplos de actividades ejercidas en el territorio de un Estado por órganos de otro Estado que actúan por cuenta de este último, es decir, en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado al que pertenecen y, por tanto, no en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado territorial, como en la hipótesis prevista en el artículo 9. Es un fenómeno que no tiene nada de anormal. Algunos órganos del Estado tienen especialmente la misión de ejercer actividades en territorio extranjero, como, por ejemplo, los funcionarios diplomáticos o consulares. En otros casos, órganos que ejercen normalmente sus actividades en el interior del Estado al que pertenecen, tienen que realizar excepcionalmente actividades en el territorio de otro Estado, con el consentimiento de este último, como en el caso de visitas oficiales de personalidades de un Estado extranjero, de funcionamiento de bases militares extranjeras establecidas por acuerdo, etc. A veces, por último, el ejercicio de actividades de órganos de un Estado en el territorio de un Estado extranjero se realiza sin el consentimiento o incluso contra la voluntad del Estado territorial: tal es el caso

de operaciones militares realizadas contra ese Estado, de operaciones en territorio extranjero de servicios de información, etc. En los distintos casos, el comportamiento de esos órganos estatales extranjeros no puede ser atribuido en modo alguno al Estado territorial ni comprometer eventualmente una responsabilidad de éste, por el solo hecho de que haya tenido lugar en su territorio. Tal comportamiento es y sigue siendo hecho del Estado al que pertenece el órgano, y esto en aplicación misma de los artículos 5 y siguientes del proyecto, que no entrañan la menor limitación de carácter territorial en cuanto a la atribución al Estado de los hechos de sus propios órganos. Así, no hay que ver en el presente artículo ninguna excepción a los principios enunciados en los artículos precedentes del capítulo II del proyecto, que rigen la atribución de un hecho al Estado.

2) A la vista de estas consideraciones, cabe preguntarse, y algunos miembros de la Comisión lo han hecho, si es realmente indispensable precisar, en el presente artículo, que no puede plantearse ningún problema de atribución al Estado territorial del comportamiento de órganos de Estados extranjeros aquí previsto. Sin embargo, la Comisión estima que varias razones militan en favor de que se incluya tal aclaración. La idea antigua de una pretendida responsabilidad del Estado por todo lo que ocurre en el territorio sometido a su jurisdicción sigue estando arraigada en el ánimo de algunos y a veces se la ve reaparecer en la práctica. Además, algunas de las normas «primarias» cuya violación puede llevar aparejada una responsabilidad internacional encuentran en las nociones de territorio y de jurisdicción territorial la delimitación de su alcance y de su contenido: en primer lugar, las normas relativas al trato de los extranjeros. Es común, pues, hablar a este respecto de responsabilidad del Estado por daños causados *en su territorio* a la persona o a los bienes de extranjeros, y los daños causados a extranjeros por órganos a su vez extranjeros que actúan en el territorio del Estado parecen estar comprendidos en esta locución. Es menester, pues, descartar expresamente toda idea de responsabilidad cualquiera que sea, del Estado territorial, fundada en el solo hecho de que tales actos de órganos estatales extranjeros han tenido lugar en su territorio.

3) En segundo lugar, al precisar ese punto se aclara la norma enunciada en el artículo 9 del proyecto, que prevé la atribución al Estado, en cuanto sujeto de derecho internacional, como fuente eventual de una responsabilidad por su parte de los hechos que emanan de órganos de otro Estado que este último haya «puesto a la disposición» del primer Estado. Como se ha destacado en el comentario al artículo 9, la condición esencial, a saber, que el órgano de que se trata haya sido «puesto a la disposición» de un Estado, no quiere decir únicamente que el órgano «prestado» deba actuar en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado beneficiario. Esta condición exige sobre todo que, en la realización de las funciones del Estado beneficiario que se le han confiado, el órgano «prestado» actúe bajo la dirección y el control exclusivos de ese Estado. Por el contrario, en los casos aquí previstos, el órgano de que se trata sigue estando a las órdenes y bajo la autoridad exclusiva del Estado al que pertenece. Es evidente que, en un caso de esta índole, las acciones u omisiones del órgano no son comportamiento de un órgano de un Estado «puesto a [la] disposición [de] otro Estado» en el sentido que esa expresión tiene en el artículo 9 del proyecto. El presente artículo viene así a completar oportunamente esa conclusión puntualizando que esto sigue siendo cierto incluso cuando, en la situación concreta de que se trate, tal órgano ha actuado en el territorio de otro Estado.

4) Por último, no hay que perder de vista, y esto es importante a fin de evitar que se invoquen lagunas en el proyecto, que, si bien el comportamiento de órganos de un Estado que actúan en el territorio de otro Estado no puede atribuirse en ningún caso *como tal* al Estado territorial, este último podría no obstante incurrir en una responsabilidad internacional por actos realizados con ocasión del comportamiento de esos órganos extranjeros y en relación con tal comportamiento. Ello, huelga decirlo, no por el hecho de los órganos del Estado extranjero, sino por el hecho de los órganos del Estado territorial, que hayan observado, por ejemplo, un comportamiento de injustificada pasividad con ocasión del acto perjudicial para un tercer Estado cometido, en el interior de las fronteras del Estado territorial, por un órgano de un Estado extranjero. Dicho de otro modo, la actuación de órganos extranjeros en el territorio de un Estado, aun sin ser atribuible a este último, puede, en ciertos casos, dar ocasión material para la adopción por el Estado territorial de un comportamiento que eventualmente le haga incurrir en responsabilidad internacional. Por ejemplo, los órganos del Estado territorial pueden hacerse ellos mismos culpables, en relación con manejos de órganos de un Estado extranjero en el territorio nacional, de infringir, respecto de un tercer Estado, una obligación internacional de protección de este tercer Estado, de sus representantes o de sus nacionales. Importa, pues, tener en cuenta las hipótesis en las que el Estado territorial tenga la obligación de adoptar una determinada actitud en relación con la del órgano extranjero de que se trate y no la haya adoptado. Si no fuera así, podría llegarse a la conclusión de que, como el comportamiento del órgano extranjero ha de atribuirse al Estado al que pertenece, el Estado territorial quedaría liberado de toda responsabilidad, incluso en caso de que su propio comportamiento con ocasión del acto del órgano extranjero hubiera tenido aspectos internacionalmente ilícitos.

5) Sería peligroso, no obstante, asimilar demasiado estrictamente esta situación a la que se prevé en el párrafo 2 del artículo 11, relativo al comportamiento de particulares que no actúan por cuenta del Estado. Es natural, en el caso de simples particulares, concebir que existen para el Estado una serie de obligaciones relacionadas con la prevención y la represión del proceder de esas personas que se traduzca en un perjuicio para Estados extranjeros o para nacionales de tales Estados; es normal, en consecuencia, prever la atribución al Estado, como fuente de responsabilidad internacional, del incumplimiento de tales obligaciones. Es menos normal imaginar que el Estado pueda faltar a una obligación internacional del mismo tipo en el caso previsto en el presente artículo, ya que los órganos de un Estado extranjero no están sujetos, en territorio extran-

jero, a los poderes a los que se encuentran sujetos los simples particulares. Además, cuando se trata de órganos de un Estado extranjero que cometen en esa calidad, en el territorio de otro Estado, actos perjudiciales para un tercer Estado, lo que parece sobre todo evidente es la responsabilidad del Estado a que pertenece el órgano, ya que, como se ha señalado antes, las acciones u omisiones de órganos del Estado se atribuyen a este último, como fuente eventual de una responsabilidad a su cargo, independientemente del hecho de que esas acciones u omisiones hayan sido perpetradas en territorio nacional o en territorio extranjero. Hay, pues, la tendencia a que la responsabilidad del Estado a que pertenece el órgano se anteponga a la responsabilidad en que el Estado territorial podría excepcionalmente incurrir por el hecho de que sus propios órganos no hayan cuidado de velar por que tales actos no se produzcan. Quizás esto explique el hecho de que, en la práctica de los Estados, la responsabilidad del Estado territorial no se haya invocado más que muy raras veces con respecto a tales situaciones. No obstante, sería erróneo llegar a la conclusión de que el Estado territorial no puede jamás incurrir en una responsabilidad internacional con ocasión de actos realizados en su territorio por órganos de un Estado extranjero. El hecho mismo de que la responsabilidad del Estado territorial, en las hipótesis excepcionales aquí previstas, aparezca sólo de manera muy atenuada, constituye una razón más para prever en el presente artículo una eventualidad de este tipo, sobre todo cuando se han dado casos concretos que han demostrado el valor práctico para los Estados de una disposición de esta clase.

6) El 6 de febrero de 1956, el Gobierno de la Unión Soviética dirigió al Gobierno de la República Federal de Alemania una nota de protesta por el hecho de que las fuerzas armadas de los Estados Unidos estacionadas en Alemania habían lanzado desde el territorio de la República Federal globos sonda provistos de aparatos automáticos de fotografía y radiotransmisión: estos globos fueron interceptados en el espacio aéreo soviético. Dos días antes, el 4 de febrero, el Gobierno de Turquía había recibido una protesta soviética por hechos análogos. Se acusaba tanto al Gobierno de la República Federal de Alemania como al Gobierno de Turquía de haber tolerado que el territorio de su país fuese utilizado por órganos de los Estados Unidos para cometer actos ilícitos. Por otra parte, en nota aparte dirigida al Gobierno de los Estados Unidos, se imputaba a este Gobierno la responsabilidad del hecho de sus propios órganos militares, autores de los lanzamientos. En su respuesta, de fecha 6 de marzo de 1956, el Gobierno de la República Federal se refirió a una nota del Gobierno de los Estados Unidos, recibida el 8 de febrero, en la que este último prometía que iba a tratar por el momento de evitar el lanzamiento de otros globos sonda, aunque los lanzados anteriormente no tenían otro objeto que obtener información meteorológica. Por tanto, el Gobierno Federal alemán daba por terminada esta cuestión. La nota alemana añadía que se había efectuado una investigación cuyo resultado indicaba que no se había lanzado ningún globo desde el territorio alemán para difundir folletos de propaganda política. Pero el Gobierno soviético replicó por una nueva nota, de 24 de marzo de 1956, en la que calificaba de inexactas las afirmaciones contenidas en la respuesta a su primera nota y censuraba nuevamente al Gobierno federal alemán por haber tolerado los actos ilícitos cometidos por la fuerzas estadounidenses estacionadas en Alemania [168]. Cualquiera que fuere el fondo del asunto, de este intercambio de notas se desprende sin lugar a dudas que las protestas dirigidas al Estado territorial eran totalmente distintas de las dirigidas con carácter principal contra el Estado al cual pertenecían los órganos autores de los actos acusados. Lo que se reprochaba al Estado territorial no era más que el incumplimiento de sus propias obligaciones.

7) En el mismo contexto cabe recordar un incidente que se produjo con ocasión de la visita a Austria del Presidente del Consejo de Ministros de la URSS, N. Jruschof, que tuvo lugar del 30 de junio al 8 de julio de 1960. El Primer Ministro soviético pronunció varios discursos en los que acusó al Gobierno de los Estados Unidos de haber tratado de torpedear, con los vuelos de sus «aviones piratas» U-2, la conferencia en la cumbre prevista. En términos violentos, atacó también el militarismo de los países occidentales y especialmente el revanchismo de Alemania occidental. En una conferencia de prensa, llegó a comparar al Canciller Adenauer con Hitler. El Gobierno de la República Federal consideró su honor ofendido por tales palabras. Pero al propio tiempo el Embajador de la República Federal en Viena hizo una gestión ante el Gobierno de Austria para subrayar el carácter inusitado de la situación dado que las palabras contra el Gobierno de la República Federal se habían pronunciado en presencia del Ministro de Relaciones Exteriores de Austria. El mismo día, el Embajador de los Estados Unidos protestó porque el «ataque calumnioso» contra su país se había producido sin que el Gobierno de Austria hubiera considerado necesario disociarse del mismo. Entonces, el Canciller de Austria Raab aprovechó la ocasión de su discurso de despedida para subrayar esta disociación. Al mismo tiempo apareció una nota en el *Wiener Zeitung* en la que se aseguraba que el Gobierno austríaco era totalmente ajeno a las palabras pronunciadas por el Primer Ministro soviético, y subrayaba que un Gobierno no podía responder de lo que se dijera en una conferencia de prensa más que si él mismo la celebraba. En esta nota se recordaba también que el discurso del Primer Ministro soviético fue pronunciado en la sede de la Asociación Austro-Soviética, que era una institución privada, y que la presencia del Ministro de Relaciones Exteriores de Austria no había sido más que una muestra de cortesía para con el huésped [169]. Sin que tampoco haya necesidad de entrar en el fondo del asunto, es de señalar simplemente que se encuentra en él una confirmación más de que lo que en tales casos se alega como fuente de la responsabilidad del Estado «territorial» no son ciertamente los actos realizados por órganos extranjeros, sino una actitud pasiva o negligente que los órganos de este Estado hayan adoptado respecto de tales actos.

[168] Véanse los detalles de este asunto en el *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 18 (1957-1958), págs. 723 y 724.

[169] *Ibid.*, vol. 23 (1963), págs. 348 y 349.

8) El principio según el cual, en las hipótesis previstas, el Estado territorial no puede incurrir en responsabilidad internacional más que por un comportamiento eventual de sus propios órganos observado en relación con los actos del órgano extranjero y que como tal represente la violación de una obligación internacional, es también compartido por la doctrina. Se ha incorporado en ciertos proyectos de codificación como el elaborado en 1929 por la Harvard Law School [170], así como en el anteproyecto presentado a la Comisión de Derecho Internacional por García Amador en 1961 [171]. Cierto es que a veces se ha querido ver en una serie de asuntos, la mayor parte de los cuales datan del siglo pasado, casos de responsabilidad indirecta del Estado territorial [172], pero como han hecho ver ciertos autores [173] desde entonces, la responsabilidad del Estado territorial no había sido invocada en tales casos más que por un incumplimiento por sus propios órganos de sus deberes de proteger a Estados o a nacionales extranjeros. En efecto, lo que se consideraba en todos estos casos como hecho generador de la responsabilidad del Estado territorial no era el acto cometido en el territorio de ese Estado por el órgano extranjero, sino la negligencia o la falta de reacción ante tal acto por los órganos de dicho Estado. Además, tal responsabilidad a veces había sido aducida en situaciones en que el autor del acto lesivo cometido en el territorio de un Estado, bien que siendo órgano de un Estado extranjero, sólo había actuado con carácter privado [174].

9) La práctica de los Estados y la doctrina confirman, pues, las consideraciones y conclusiones enunciadas en los primeros párrafos del presente comentario. Parece estar perfectamente establecido: *a*) que el comportamiento de un órgano de un Estado no puede atribuirse en el plano del derecho internacional a otro Estado, como fuente eventual de responsabilidad internacional, por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de este último Estado; *b*) que, como en el caso de actos de simples particulares, sólo se genera una responsabilidad del Estado territorial, en tales ocasiones, por el comportamiento que eventualmente hayan observado sus propios órganos en relación con el comportamiento de órganos del Estado extranjero y que constituya como tal una violación de una obligación internacional que incumbe al Estado territorial.

10) Dicho esto, hay que añadir dos aclaraciones. La primera es que, en las hipótesis contempladas en el presente artículo, el comportamiento de órganos extranjeros en el territorio del Estado debe haber sido observado por dichos órganos en su calidad de tales. Si no es así, ese comportamiento no puede considerarse más que como actos de simples particulares, tanto respecto del Estado al que pertenece el órgano como respecto del Estado territorial, y ni a un Estado ni a otro se le podrá tener por responsable más que de un posible incumplimiento del deber de protección previsto en el párrafo 2 del artículo 11. En tal caso, quedaría por determinar, según las circunstancias, cuál de los dos Estados tenía de hecho la obligación de actuar para prevenir o reprimir tal comportamiento de particulares, y a cuál de ellos incumbiría por ende la responsabilidad de una falta en esa esfera.

11) La segunda aclaración consiste en recordar lo que ya antes se ha indicado [175], a saber, que en la hipótesis de un comportamiento observado en el territorio de un Estado por órganos de un Estado extranjero, la situación no presenta sino analogías más aparentes que reales con la hipótesis del comportamiento observado por simples particulares. La analogía entre las dos hipótesis se reduce en fin de cuentas a reconocer que, tanto en una como en otra, el Estado territorial puede encontrarse ante una obligación internacional de protección de terceros Estados o de nacionales de éstos e incurrir en culpa por un incumplimiento de tal obligación. Ni que decir tiene que el contenido y los límites de tal obligación pueden ser radicalmente distintos y que las formas en que el Estado territorial debe atender una obligación de esa índole pueden variar mucho según los casos. Habrá que tener en cuenta a este respecto la incidencia de los privilegios e inmunidades de que disfrutan los órganos del Estado extranjero, el régimen jurídico esencial que en su caso posean, el hecho de que el Estado extranjero de que se trate se haya reservado el ejercicio exclusivo de ciertas funciones de vigilancia o de represión, etc. Por ejemplo, es evidente que un Estado no puede castigar a un embajador extranjero que en el territorio de ese Estado haya proferido insultos contra el jefe de un tercer Estado. Eso no quiere decir, sin embargo, que el Estado territorial no tenga ningún medio de reaccionar contra tal comportamiento. Cabrá al menos la posibilidad de exigir del Estado territorial que desautorice al embajador o que eleve una protesta al Estado que le ha enviado. Tratándose de acontecimientos muy graves, cabría incluso imaginar que el Estado territorial tenga que pedir el retiro del embajador o declararle *persona non grata*. Si el Estado territorial no adoptase medida alguna, el Estado lesionado podría en tal caso acusarle de un hecho internacionalmente ilícito en relación con el comportamiento de ese embajador.

[170] Con arreglo al artículo 14 del proyecto

«El Estado es responsable del daño causado a un extranjero a consecuencia de un acto cometido dentro del territorio del mismo Estado, pero imputable a otro Estado, sólo en el caso de no haber empleado la debida diligencia para prever ir el daño.» (*Anuario... 1956*, vol. II, págs. 225 y 226, documento A/CN.4/96, apéndice 9.)

[171] El artículo 15 del anteproyecto está concebido en los siguientes términos:

«Los actos y omisiones de un tercer Estado u organización internacional son imputables al Estado en cuyo territorio se han cometido únicamente en caso de que este último haya tenido la oportunidad de evitar el hecho lesivo y no hubiese ejercido la diligencia que permitían las circunstancias.» (*Anuario... 1961*, vol. II, pág. 53, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición.)

[172] F. Klein, *Die Mittelbare Haftung im Völkerrecht*, Francfort del Meno, Klostermann, 1941, págs. 265 y ss., y 299 y ss.

[173] A. Verdross, «Theorie der mittelbaren Staatenhaftung», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. I, N.º 4 (serie nueva) (mayo de 1948), págs. 405 y ss. Véase asimismo, respecto de estos casos, R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5.ª edición, Nápoles, Liguori, 1968, págs. 602 y 603. Ambos autores impugnan la tesis de Klein.

[174] Tal fue el caso de la reclamación dirigida en 1852 por Gran Bretaña al Gobierno toscano por los malos tratos infligidos a un nacional británico, *Mather*, por un oficial austríaco con destino en Toscana y que había actuado en calidad de particular.

[175] Véase párr. 5 *supra*.

12) Cabe mencionar también otros ejemplos. Un jefe de Estado puede, en el curso de una visita en el extranjero, ser víctima de un secuestro realizado por un comando dirigido desde un tercer Estado. Parece que, en tal caso, deba considerarse que el Estado territorial incurre en responsabilidad internacional si no ha tomado las precauciones necesarias o si, habiéndolas tomado, no trata de prender a los culpables y si, habiéndolos aprehendido, no los castiga. Aun cuando los órganos del Estado extranjero que actúan en el territorio de un Estado o desde el territorio de un Estado gocen de ciertos privilegios e inmunidades o tengan una condición jurídica especial, el Estado territorial no se halla totalmente desprovisto de medios para reaccionar contra los actos realizados en su territorio por tales órganos y, en determinadas circunstancias, incluso puede estar obligado a hacerlo para no incurrir en responsabilidad internacional como resultado de su propia pasividad ante los acontecimientos.

13) Habida cuenta de las diversas consideraciones que anteceden, el *párrafo 1* del artículo 12 dispone que no se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento que haya observado en su territorio, o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción, un órgano de otro Estado que actúe en esa calidad. Al adoptar la fórmula «en su territorio o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción», la Comisión pretende abarcar tanto los hechos que se producen en el «territorio» propiamente dicho del Estado, incluidos las aguas territoriales y el espacio aéreo adyacentes, como los hechos que tienen lugar en cualquier otro territorio, espacio, zona, lugar o cosa sujetos a la jurisdicción del Estado; por ejemplo, en un territorio dependiente, en un territorio extranjero ocupado, en la plataforma continental, en una base situada en el extranjero, en un buque o un avión que enarbolen pabellón del Estado, etc.

14) Una vez establecido así el principio básico de la no atribución al Estado de los comportamientos observados en su territorio por los órganos de otro Estado, el *párrafo 2* del artículo enuncia la regla según la cual ese principio se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el previsto en el párrafo 1, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10 del proyecto. Formulada como una cláusula de salvaguardia, la norma establecida en el párrafo 2 se limita a prever la posibilidad de atribuir al Estado territorial, como fuente de su eventual responsabilidad, todo incumplimiento de sus propias obligaciones en que pueda haber incurrido en relación con el comportamiento observado en su territorio, o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción, por los órganos de otro Estado.

15) Para los efectos del artículo 12 del proyecto, las disposiciones que figuran en sus párrafos 1 y 2 parecen suficientes. Los supuestos previstos en dicho artículo cambiarían ciertamente de aspecto si, en un caso particular, se comprobase que había habido cooperación o complicidad, en el sentido estricto de estos términos, de los órganos del Estado territorial en la acción ilícita de los órganos del Estado extranjero. En este caso podría tratarse de la participación de un Estado en una situación internacionalmente ilícita creada por otro Estado o también de un hecho internacionalmente ilícito realizado conjuntamente por dos Estados [176]. La acción cometida por los órganos del Estado territorial y que se atribuiría a éste como fuente de responsabilidad —además de la que se atribuiría paralelamente al Estado a que perteneciesen los órganos extranjeros— constituiría entonces algo distinto del mero incumplimiento de las obligaciones de protección para con los terceros Estados. En un caso de esta índole se trataría más bien de una de las situaciones que la Comisión se propone examinar en el contexto del capítulo IV de la primera parte del proyecto, dedicado a los problemas especiales que plantea la participación de varios Estados en un mismo hecho internacionalmente ilícito [177]. Asimismo, la finalidad del artículo 12 no es, según la Comisión, estatuir sobre la cuestión de si la presencia del órgano extranjero en el territorio del Estado constituye en sí misma un hecho lícito o ilícito. En el caso concreto de que esa presencia constituyera en cuanto tal un hecho internacionalmente ilícito, ya sea del Estado extranjero, ya sea del Estado territorial o de ambos a la vez, los problemas de atribución que plantearía tal hecho quedarían comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 5 del proyecto y deberían resolverse de conformidad con la disposición enunciada en dicho artículo.

Artículo 13.—Comportamiento de órganos de una organización internacional

No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción.

Comentario

1) El presente artículo enuncia la regla en virtud de la cual el comportamiento de órganos de una organización internacional que actúen por cuenta de ésta en el territorio de un Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción no ha de considerarse, por ello, o mejor dicho solamente por ello, como hecho del Estado. Esta regla deriva de consideraciones de principio que, *mutatis mutandis*, se asemejan a las que se han expuesto en el comentario al artículo 12 en relación con el comportamiento observado en el territorio de un Estado por órganos de otro Estado que actúen en esa calidad. Sin embargo, la diferencia de naturaleza que separa una organización internacional de un Estado hace

[176] Por ejemplo, el artículo 3 de la definición de la agresión aprobada por la Asamblea General en virtud de su resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, enumera entre los actos que se caracterizan como acto de agresión «la acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado», y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la Asamblea General en virtud de su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, castiga tanto el «genocidio» como «la asociación para cometer genocidio» y «la complicidad en el genocidio».

[177] Véase párr. 50 *supra*.

que el problema presente, por lo menos en parte, aspectos diferentes.

2) Ha de señalarse ante todo que el caso en que la acción de un órgano de un Estado se ejerce en el territorio de otro Estado representa la excepción. En cambio, la acción de un órgano de una organización internacional se ejerce siempre y necesariamente en el territorio de un Estado, y, por tanto, de otro sujeto de derecho internacional [178]. Por carecer de territorio propio, las organizaciones internacionales se ven obligadas a actuar en el territorio de un Estado o en un territorio sujeto a la jurisdicción o al control de un Estado [179]. Por regla general, una organización internacional actúa en el territorio de un Estado determinado en virtud de un acuerdo celebrado entre ese Estado y la organización internacional de que se trate. Así, las actividades de órganos en la sede o en dependencias oficiales permanentes de la organización se ejercen en virtud de un acuerdo sobre la sede celebrado entre la organización y el Estado huésped. De forma análoga, las actividades de órganos de la organización fuera de la sede o de sus dependencias oficiales permanentes son objeto normalmente de un acuerdo celebrado entre la organización y el Estado en cuyo territorio esas actividades van a ejercerse. Por ejemplo, cuando un órgano de la organización o una conferencia convocada bajo los auspicios de la organización celebran reuniones fuera de la sede de ésta, o de sus dependencias oficiales permanentes, suele celebrarse un acuerdo entre la organización y el Estado huésped en el que se prevén los privilegios, inmunidades y facilidades aplicables a la reunión, entre ellos el derecho de acceso a la reunión de todas las personas que tienen calidad para asistir a ella. Igualmente se celebran acuerdos entre la organización y el Estado territorial para toda una serie de actividades que las organizaciones internacionales llevan a cabo fuera de su sede o de sus dependencias oficiales permanentes y ello independientemente del tipo de actividad de que se trate (mantenimiento de la paz, medidas en las esferas política, diplomática y económica, asistencia técnica, socorro en caso de catástrofes naturales, información, enseñanza, etc.) [180]. El caso de actividades ejercidas por órganos de una organización internacional en el territorio de un Estado sin el asentimiento de este último es más bien excepcional, pero tampoco puede excluirse. Pueden producirse situaciones de este género, por ejemplo, a raíz de decisiones tomadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de la Carta después de determinar la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión.

3) En segundo lugar, una razón para distinguir la hipótesis prevista en el presente artículo de la que se contempla en el artículo precedente es que la acción de un órgano de un Estado que actúe en esa calidad en el territorio de otro Estado se considera siempre como un hecho del Estado a que pertenece. En cambio, no puede decirse siempre que la acción de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad se atribuye lisa y llanamente a la organización internacional como tal y no, cuando sea procedente, a los Estados miembros de la organización, si se trata de un órgano colectivo, o al Estado nacional de la persona o las personas que constituyen el órgano de que se trate. Dicho lo anterior, no hay que apresurarse tampoco a sacar conclusiones del hecho de que sólo hay pocos ejemplos en los que en el plano internacional queden implicadas organizaciones internacionales por acciones de sus órganos en el territorio de un Estado. Las organizaciones internacionales con personalidad internacional propia, distinta de la de sus Estados miembros, constituyen una categoría de sujetos de derecho internacional relativamente nueva. Tampoco hay que olvidar que, por naturaleza, las organizaciones internacionales actúan normalmente de manera tal que no cometen hechos internacionalmente ilícitos. No obstante, en la práctica internacional se han dado ya casos concretos de atribución a la organización internacional de hechos de uno de sus órganos, y ello en cuanto fuente de responsabilidad internacional de la organización. Entre los ejemplos más instructivos cabe citar los acuerdos celebrados en 1965, 1966 y 1967 por las Naciones Unidas con Bélgica [181], Grecia [182], Italia [183], Luxemburgo [184] y Suiza [185] para la reparación de los daños causados a personas o bienes de nacionales de esos países, como consecuencia de las operaciones de la Fuerza de las Naciones Unidas en el Congo. En esos acuerdos, en los que se liquidan en forma global las indemnizaciones reclamadas por nacionales de cada uno de esos Estados, se dice que las Naciones Unidas han decidido tratar equitativamente las reclamaciones de nacionales de tales países que hayan sufrido daños a causa de «actos lesivos del personal de la ONUC que no sean resultado de

[178] Esta situación es descrita por C. Eagleton («L'organisation internationale et le droit de la responsabilité», *Recueil des cours... 1950-I*, París, t. 76, 1951, pág. 387) en los términos siguientes:

> «Así como el agente de un Estado actúa casi siempre dentro del Estado, las Naciones Unidas en cambio no tienen ningún territorio bajo su control soberano en el que podrían actuar sus agentes; y mientras que son relativamente raros los casos en que el agente de un Estado da lugar a la responsabilidad de su Estado por actos realizados fuera de éste, los actos lesivos de los agentes de las Naciones Unidas han de ocurrir mucho más a menudo en el territorio de algún Estado [...].»

[179] Hay la posibilidad de que una organización internacional reciba el cometido de administrar durante algún tiempo un territorio determinado. Por ejemplo, en el marco de las funciones que le habían sido confiadas por Indonesia y los Países Bajos y aprobadas por la Asamblea General, las Naciones Unidas ejercieron funciones ejecutivas temporales en el Territorio de Nueva Guinea Occidental (Irián Occidental) desde el 1.º de octubre de 1962 al 1.º de mayo de 1963, por conducto de una Autoridad Ejecutiva Provisional de las Naciones Unidas (AEPNU) encabezada por un Administrador que designó el Secretario General. Asimismo, en virtud de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General, el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia recibió el cometido de «ejercer en el Territorio» determinados poderes y funciones. Pero el hecho de que se confíe a una organización internacional la administración de un territorio determinado no quiere decir en modo alguno que el territorio de que se trate pase a ser «territorio de la organización».

[180] Esos acuerdos pueden revestir formas muy diferentes que van desde un acuerdo en debida forma a un acuerdo en forma simplificada, o incluso resultar de la aceptación de una invitación hecha por un Estado a un órgano o a un agente de la organización para trasladarse a su territorio.

[181] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 535, pág. 197.

[182] *Ibid.*, vol. 565, pág. 3.

[183] *Ibid.*, vol. 588, pág. 197.

[184] *Ibid.*, vol. 585, pág. 147.

[185] *Ibid.*, vol. 564, pág. 193.

fuerza mayor», y que «no eludirán sus responsabilidades cuando se comprobase que los agentes de las Naciones Unidas habían causado realmente daños injustificados a partes inocentes» [186]. Lo que debe tenerse presente aquí en todo caso no es tanto la determinación positiva del sujeto de derecho internacional al que se atribuye, en un caso concreto, el comportamiento observado por agentes de las Naciones Unidas, como el hecho de excluir la atribución de ese comportamiento al Estado en cuyo territorio los agentes de la Organización lo han observado.

4) El principio por el que se excluye la atribución al Estado del comportamiento observado en su territorio por órganos de una organización internacional está expresamente reconocido en ciertos acuerdos celebrados entre organizaciones internacionales y Estados en que tales organizaciones ejercen actividades. Esos acuerdos prevén la atribución de tal comportamiento a la organización como tal y prevén asimismo los procedimientos para resolver las cuestiones que se planteen entre tal organización y los terceros que formulen reclamaciones por las consecuencias del comportamiento observado por órganos o agentes de la organización [187]. Por ejemplo, los acuerdos relativos a operaciones de mantenimiento de la paz celebrados por las Naciones Unidas contienen disposiciones con arreglo a las cuales se pueden presentar reclamaciones directamente a la Organización por ciertas acciones u omisiones de miembros de las fuerzas destacadas por las Naciones Unidas para tales operaciones. Así, el apartado *b* del párrafo 10 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Congo (Leopoldville) de 27 de noviembre de 1961, sobre la condición jurídica y los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas en el Congo, dispone lo siguiente:

> En el caso de daños que puedan dar lugar a una acción civil, y que se presuma hayan sido causados a un nacional o a un residente del Congo por un acto imputable a un miembro de la Fuerza o a un funcionario de las Naciones Unidas en el desempeño de sus funciones oficiales, las Naciones Unidas solucionarán la controversia mediante negociación o por cualquier otro medio convenido entre las partes; de no ser posible resolver así la controversia, ésta se someterá al arbitraje, a petición de una u otra parte [188].

En el canje de cartas entre las Naciones Unidas y Chipre, de 31 de marzo de 1964, que constituye un acuerdo relativo a la condición jurídica de la Fuerza de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz en Chipre, se prevé que una Comisión de reclamaciones, creada al efecto, decidirá entre otras cosas acerca de toda reclamación formulada

> por un nacional chipriota respecto de todo daño que se pretenda haya sido causado por un acto o una omisión imputable a un miembro de la Fuerza en el desempeño de sus funciones oficiales [189].

5) Precisamente el hecho de que el comportamiento de órganos de una organización internacional, que implique el incumplimiento de una obligación internacional asumida por la organización, puede ser atribuido a ésta, como fuente eventual de responsabilidad internacional, y no al Estado en cuyo territorio el comportamiento ha tenido lugar, es lo que explica, en gran medida, que las organizaciones internacionales vean a veces con reserva las iniciativas encaminadas a lograr su adhesión a convenciones multilaterales que implican obligaciones que, a su juicio, no están en condiciones de cumplir [190].

6) La regla de la no atribución al Estado de los comportamientos observados en su territorio por órganos de una organización internacional cuenta, por lo menos por lo que respecta al principio, tanto con el apoyo de los tratadistas que examinan la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad de los Estados como con el de los autores, menos numerosos, que han estudiado los problemas que plantea la responsabilidad de las organizaciones internacionales [191]. El artículo 15 del

[186] Véase por ejemplo el canje de cartas de 20 de febrero de 1965, que constituyen un acuerdo entre las Naciones Unidas y Bélgica relativo a la liquidación de reclamaciones presentadas contra las Naciones Unidas en el Congo por nacionales belgas (*ibid.*, vol. 535, pág. 197). Cuando la URSS se creyó en el deber de protestar contra la indemnización pagada a las víctimas belgas, el Secretario General de las Naciones Unidas afirmó que «Siempre ha sido norma de las Naciones Unidas, actuando por conducto del Secretario General, indemnizar a los particulares que hayan sufrido daños de los que sea responsable la Organización» [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1965* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.67.V.3), pág. 43].

[187] En la mayoría de los casos, tal comportamiento sólo implicará la violación de obligaciones de derecho interno y no supondrá, por tanto, más que una responsabilidad de igual naturaleza. Pero la fórmula utilizada en los acuerdos aquí mencionados puede abarcar también la hipótesis menos frecuente en que el comportamiento del órgano de una organización internacional represente el incumplimiento de una obligación internacional y, como tal, lleve aparejada una responsabilidad de la organización en el plano del derecho internacional.

[188] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 414, pág. 234.

[189] *Ibid.*, vol. 492, pág. 79. Una disposición análoga figura en el canje de cartas entre las Naciones Unidas y Egipto de 8 de febrero de 1957, que constituye un acuerdo sobre el Estatuto de la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas en Egipto (*ibid.*, vol. 260, pág. 61). En un canje de cartas, que constituye un acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Arabe Unida sobre la forma de satisfacer, entre la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas (FENU) y el Gobierno, las demandas de indemnización relativas a accidentes de circulación (de 14 de octubre de 1959 y 15 de septiembre y 17 de octubre de 1960), se prevé la supresión recíproca de ciertas demandas de indemnización que la FENU y el Gobierno egipcio puedan tener que presentar mutuamente con ocasión de accidentes de circulación (*ibid.*, vol. 388, pág. 145).

[190] Por ejemplo, respecto de la cuestión de la adhesión eventual de organizaciones intergubernamentales a las Convenciones de Ginebra para la protección de las víctimas de guerra. Véase, en relación con esto, la opinión de 15 de junio de 1972 de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.74.V.1), págs. 155 y 156].

[191] Véase, por ejemplo, entre éstos: C. Eagleton, «L'organisation internationale et le droit de la responsabilité» *(loc. cit)*, pág. 319; F. V. García Amador, «La responsabilité internationale de l'Etat —La responsabilité des organisations internationales», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Ginebra, XXXIV año, N.º 2 (abril-junio de 1956), págs. 149 y ss.; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milán, Giuffré, 1960, vol. II.2, pág. 844; I. Seidl-Hohenveldern, «Die völkerrechtliche Haftung für Handlungen internationaler Organisationen in Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. XI, N.º 3-4, 1961, pág. 497; J.-P. Ritter, «La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», *Annuaire français de droit international, 1962*, París, vol. VIII, 1963, págs. 441 y ss.; J. J. A. Salmon, «Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965», *ibid., 1965*, París, vol. XI, 1966, págs. 477 y ss.; P. de Visscher, «Observations sur le fondement et la mise en œuvre du principe de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies», *Revue de droit international et de droit comparé*, Bruselas, t. XL, N.º 3-4, 1963, págs. 165 y ss., y «Les conditions d'application des lois de la

(Continúa en la página siguiente.)

anteproyecto presentado a la Comisión de Derecho Internacional en 1961 por F. V. García Amador prevé expresamente que los actos y omisiones de una organización internacional no son imputables al Estado en cuyo territorio se han producido [192].

7) ¿Acaso los acuerdos de asistencia técnica o de otra índole, que suelen contener cláusulas [193] en virtud de las cuales el Estado beneficiario de la asistencia asume la responsabilidad en caso de reclamaciones que pudieran ser hechas por terceros contra la organización internacional o sus agentes, habrán de considerarse como una excepción a la norma enunciada en el presente artículo? Por ejemplo, el párrafo 6 del artículo 1 del Acuerdo de 21 de mayo de 1968 entre las Naciones Unidas, la OIT, la FAO, la UNESCO, la OACI, la OMS, la UIT, la OMM, el OIEA, la UPU, la OCMI y la ONUDI, por una parte, y Australia por la otra, sobre prestación de asistencia técnica al Territorio de Papua y al Territorio bajo administración fiduciaria de Nueva Guinea, dispone lo siguiente:

> El Gobierno asumirá la responsabilidad por cualquier reclamación que por actividades que se realicen en los Territorios conforme al presente Acuerdo formulen terceros contra las organizaciones, conjunta o separadamente, y sus expertos, agentes o empleados, y protegerá a las organizaciones y a sus expertos, agentes y empleados contra cualquier reclamación o responsabilidad derivada de esas actividades, a menos que el Gobierno, el Administrador del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Organización interesada convengan en que tales reclamaciones o responsabilidades se deben a negligencia grave o a falta voluntaria de dichos expertos, agentes o empleados [194]

Independientemente de las cuestiones que podrían plantearse sobre el alcance de estas cláusulas [195], que parecen referirse a hipótesis de responsabilidad de derecho interno más bien que de derecho internacional, no deja de ser evidente que son disposiciones por las que se exonera a la organización de toda responsabilidad por el comportamiento observado por sus agentes en la ejecución de los planes de operaciones que son objeto del acuerdo y no cláusulas en virtud de las cuales se atribuya al Estado territorial un comportamiento observado por agentes de la organización. En otros términos, no se trata en modo alguno de atribuir al Estado territorial un comportamiento ajeno, sino de que el Estado territorial asuma, en virtud de una convención especial, las consecuencias de un comportamiento que no es suyo, sino de la organización. Ello se desprende de la formulación misma de estas cláusulas, que prevén la posibilidad de que la organización asuma no obstante la responsabilidad, caso de que las reclamaciones de que se trate resulten de una negligencia grave o de una falta intencional de los agentes de la organización. En la medida en que tengan que ver con casos de responsabilidad internacional, esas cláusulas no pueden ser más que una aplicación de la llamada «responsabilidad indirecta» o responsabilidad por hecho ajeno, cuestión que la Comisión se propone estudiar en otro capítulo del proyecto [196] Su inclusión en los acuerdos mencionados no hace más que confirmar el fundamento del principio, que se enuncia en el artículo 13, de la no atribución al Estado territorial del comportamiento de órganos de una organización internacional.

8) Al formular la regla enunciada en este artículo, la Comisión no tiene por qué dar una definición del concepto de organización internacional, ni determinar cómo una organización internacional puede convertirse en sujeto de derecho internacional distinto de los Estados que la componen, ni indicar cuándo pueden incurrir en responsabilidad la organización internacional o sus Estados miembros y cuáles pueden ser eventualmente los casos de responsabilidad conjunta, concurrente o alternativa, ni resolver toda una serie de cuestiones que pueden ser muy pertinentes para elaborar reglas relativas a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, pero rebasan manifiestamente el alcance del presente proyecto. La personalidad internacional de determinadas organizaciones internacionales intergubernamentales, como por ejemplo las Naciones Unidas y los organismos especializados y demás organismos del sistema de las Naciones Unidas, no parece plantear dificultades [197]. Existen ciertamente otras organizaciones internacionales cuya personalidad de derecho internacional general no está tan bien determinada, pero basta observar, para los fines que aquí nos interesan, que algunas organizaciones internacionales por lo menos están dotadas de una personalidad internacional y que, habilitadas por ello para asumir obligaciones internacionales, convencionales o de otra naturaleza, pueden llegar a infringir esas obligaciones e incurrir eventualmente en una responsabilidad internacional, a raíz de un comportamiento internacionalmente ilícito de sus órganos. En cualquier caso, basta con concluir que, en la hipótesis de que los hechos tomados en consideración emanen de una organización internacional dotada de personalidad internacional propia, se aplica el artículo que se está examinando De otro modo, el comportamiento incriminado no podría ser más que el comportamiento de un órgano de un Estado o el de un particular; en uno y otro caso, se aplicaría otro artículo del proyecto.

9) Dicho esto, hay que precisar enseguida que, al examinar las cuestiones que se plantean dentro del marco de este artículo, no debe rebasarse el alcance del proyecto

(Continuación de la nota 191)

guerre aux opérations militaires des Nations Unies» (Rapport preliminaire), *Annuaire de l'Institut de droit international, 1971*, Basilea, vol 54-I, 1972, pags 46 y ss , M Bothe, *Streitkrafte internationaler Organisationen*, Colonia, Heymanns, 1968, págs 166 y ss , A di Blase, «Sulla responsabilita internazionale per attivita dell'ONU», *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol LVII, N° 2, 1974, pags 250 y ss

[192] Vease la nota 171 *supra*

[193] Estas clausulas suelen limitarse a incorporar, con algunas diferencias en los terminos, disposiciones que figuran en un acuerdo tipo aprobado para la actividad de que se trata por un organo de la organizacion

[194] Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1968* (publicacion de las Naciones Unidas, N° de venta S 70 V 2), pag 45

[195] Pueden dar lugar a cuestiones de interpretacion relativas, por ejemplo, al derecho sustantivo de que se trate, a la naturaleza de la responsabilidad contemplada, a los terceros a que se refiera, etc.

[196] Vease parr 50 *supra*

[197] La personalidad internacional de las Naciones Unidas ha encontrado un fundamento especialmente solido en la opinion consultiva de la Corte Internacional de Justicia emitida el 11 de abril de 1949 en el Asunto relativo a la reparacion de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas (*C I J , Recueil, 1949*, pag 179)

en estudio, que, como ya se ha indicado [198], está limitado en materia de responsabilidad internacional a las cuestiones de la responsabilidad de los Estados y no concierne a las cuestiones relativas a la responsabilidad de sujetos de derecho internacional distintos de los Estados. De este modo, si debe subrayarse que el comportamiento de un órgano estatal extranjero que actúe en esta calidad en el territorio de un Estado es atribuible al Estado a que pertenezca en virtud de los propios artículos del proyecto, no debe buscarse en este mismo proyecto una solución al problema de la atribución a una organización internacional de los comportamientos de sus órganos que actúen por cuenta de la organización en el territorio de un Estado, pues la responsabilidad de las organizaciones internacionales se rige por reglas que no son necesariamente las mismas que las que se aplican a la responsabilidad de los Estados [199]. La codificación de las reglas que rigen la responsabilidad de los Estados no debe invadir el campo de las reglas que rigen la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, pues estas últimas no deben ser definidas en un proyecto dedicado exclusivamente a la responsabilidad de los Estados.

10) El artículo 13 presupone que el órgano de la organización internacional de que se trate ha actuado en calidad de órgano de la organización en el ejercicio de las funciones propias de ésta y no bajo el control del Estado territorial. No abarca la hipótesis concreta de que el órgano de la organización haya sido «puesto a la disposición» del Estado territorial y actúe en el ejercicio de prerrogativas del poder público de este último y bajo su control. Esta última hipótesis es objeto de la regla enunciada en el artículo 9. Este criterio es el que debe servir de pauta al tratar de resolver un caso concreto. Por ejemplo, dado que la Fuerza de las Naciones Unidas en el Congo, anteriormente mencionada, había actuado a petición de la República del Congo, cabría preguntarse si no debería considerarse a los miembros de la Fuerza como agentes de dicho Estado, al que debería atribuirse en tal caso su comportamiento. Se encuentra una respuesta a esta cuestión en un informe del Secretario General, de 18 de julio de 1960, en el que se dice:

> Aunque, de conformidad con la resolución [resolución 143 (1960) del Consejo de Seguridad, de 14 de julio de 1960], la Fuerza de las Naciones Unidas se envía al Congo a petición del Gobierno y estará presente en el Congo con el consentimiento del mismo, y aunque puede considerarse que dicha Fuerza sirva al Gobierno como un instrumento para el mantenimiento del orden y la protección de la vida de los ciudadanos —tareas que naturalmente incumben a las autoridades nacionales y que pasarán a dichas autoridades en cuanto el Gobierno las estime aseguradas con suficiente firmeza—, la Fuerza está necesariamente bajo el mandato exclusivo de las Naciones Unidas, de que está investido el Secretario General bajo la fiscalización del Consejo de Seguridad [200].

11) También hay que tener presente el hecho de que las actividades emprendidas dentro del marco de las organizaciones internacionales, bajo sus auspicios o por mediación suya, no son necesariamente actividades confiadas a órganos de la organización. Las operaciones de las organizaciones internacionales se realizan con frecuencia según modalidades muy diferentes, y esto, en ocasiones, en una misma esfera de actividad [201]. El estatuto jurídico de un equipo de socorro proporcionado, en caso de desastre natural, por mediación de las Naciones Unidas, puede ser el de un órgano subsidiario de la Organización, el de una entidad dotada de un estatuto jurídico distinto con relación a la Organización o el de un equipo nacional de uno de los Estados Miembros; el estatuto jurídico de una fuerza de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y de los contingentes nacionales que la integran respecto de la Organización puede también variar de un caso a otro [202]. Huelga decir que si, en el caso considerado, el autor del comportamiento que tiene lugar en el territorio de un Estado es en realidad el órgano de un Estado y no el de una organización internacional, la disposición aplicable será el artículo 12 y no el artículo 13.

12) Habida cuenta de las consideraciones que preceden, no se supone que el artículo 13 deba dar una definición de la responsabilidad de las organizaciones internacionales ni de los problemas de atribución que tal responsabilidad plantea. Se limita a afirmar que el comportamiento de los órganos de una organización internacional que actúan en esa calidad no es atribuible a un Estado por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción. El sentido de la expresión «o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción» ha sido ya explicado en el comentario al artículo 12 [203]. Conviene también precisar que por la expresión «organización internacional» se entiende una «organización intergubernamental», según el sentido dado a esta expresión en los proyectos de artículos elaborados por la Comisión sobre otras cuestiones. Las palabras «que actúe en esa calidad» destacan útilmente que el órgano de que se trata debe haber actuado en nombre y por cuenta de la organización, en ejercicio de las funciones de ésta y bajo su control exclusivo. Por último, se han introducido las palabras «por el solo hecho» a fin de no prejuzgar los problemas de atribución que pueden plantearse para el Estado territorial en virtud de las reglas que rigen la responsabilidad de las organizaciones internacionales, cuando,

---

[198] Véase párr. 32 *supra*.

[199] A este respecto, J. J. A. Salmon (*loc. cit.*, pág. 479) se expresa de este modo: «El problema de la responsabilidad cuasi delictiva o civil de una organización internacional parece, tanto en el plano científico como práctico, uno de los más oscuros del derecho de las organizaciones internacionales.»

[200] *Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, Decimoquinto Año, Suplemento de julio, agosto y septiembre de 1960*, documento S/4389, párr. 7.

[201] Véase, por ejemplo, F. Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leiden, Sijthoff, 1966; D. S. Wijewardane, «Criminal jurisdiction over visiting forces with special reference to international forces», *The British Year Book of International Law, 1965-66*, Londres, vol. XLI, 1968, págs. 179 y ss.

[202] En relación con el estatuto jurídico de las tropas británicas que formaban parte de la Fuerza de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz en Chipre, véase el fallo de la Cámara de los Lores, de 11 de febrero de 1969, en el asunto Nissan v. Attorney-General (*The All England Law Reports*, vol. I, pág. 629). Para un análisis de ese fallo, véase: J. W. Bridge, «The legal status of British troops forming part of the United Nations Force in Cyprus», *The Modern Law Review*, Londres, vol. 34, N.º 2 (marzo de 1971), págs. 121 y ss.

[203] Véase párr. 13 del comentario.

por ejemplo, dicho Estado es un Estado miembro de la organización de que se trate, cuando incluso ha participado de algún modo en la decisión de la organización que ha originado el comportamiento del órgano implicado o cuando ha puesto a disposición de dicho órgano sus propios medios.

13) La Comisión no ha considerado preciso incluir en este artículo, como lo ha hecho en los artículos 11, 12 y 14, una disposición que establezca expresamente que la regla enunciada en el artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado territorial de los comportamientos que serían atribuibles a dicho Estado en virtud de los artículos 5 a 10 del proyecto y que hubieran tenido lugar en relación con el comportamiento del órgano de la organización. La formulación de semejante disposición plantearía, en el caso del artículo 13, problemas particulares que excederían del alcance del presente proyecto, porque serían problemas vinculados, hasta cierto punto, al régimen jurídico de las relaciones entre el Estado territorial y la organización de que se trate, así como a las disposiciones específicas, entre ellas las relativas al estatuto jurídico de la organización y a los privilegios e inmunidades de sus órganos, establecidas en los acuerdos en virtud de los cuales las organizaciones internacionales actúan normalmente en el territorio de un Estado. La Comisión ha vacilado sobre todo ante la idea de introducir en el proyecto cualquier disposición que pudiera sugerir la idea de una supeditación de la acción de una organización internacional al poder de control del Estado en cuyo territorio esa organización haya de actuar. Pero el silencio que guarda el artículo a este respecto no puede interpretarse en el sentido de que el Estado territorial no podría nunca incurrir, en las hipótesis previstas en este artículo, en una responsabilidad internacional por sus propios comportamientos que tuvieran lugar en relación con los de la organización de que se trate. Por tanto, si el Estado territorial se asociara a la realización, por un órgano de la organización, de una acción constitutiva de un hecho internacionalmente ilícito, o si, ante la realización de esa acción, no reaccionara en las formas apropiadas, podría comprometer su propia responsabilidad internacional por su propio comportamiento que, en virtud de los artículos 5 a 50 del proyecto, le sería siempre atribuible [204].

Artículo 14.—Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional establecido en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio bajo su administración.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier comportamiento que, hallándose relacionado con el del órgano del movimiento insurreccional, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

3. Asimismo, el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución del comportamiento del órgano del movimiento insurreccional a ese movimiento en todos los casos en que tal atribución pueda hacerse según el derecho internacional.

Comentario

1) El presente artículo versa sobre la posibilidad de atribuir al Estado, como fuente eventual de su responsabilidad internacional, el comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional establecido en el territorio de ese Estado o en otro territorio bajo su administración. En primer lugar, es indispensable puntualizar que el problema de la atribución o no atribución al Estado del hecho de órganos de un movimiento insurreccional a que se refiere el presente artículo sólo podría plantearse si, en el momento en que el Estado perjudicado presentara al Estado territorial una reclamación en relación con el comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional, el movimiento siguiese existiendo como tal o si hubiese cesado de existir pero destruyendo en su caída su propia estructura y su organización. En otras palabras, el problema sólo se plantea, para los efectos del presente artículo, cuando siguen existiendo tanto el movimiento insurreccional como el Estado en cuyo territorio se ha establecido el movimiento o, llegado el caso, cuando una vez sofocada la rebelión, el movimiento insurreccional ha desaparecido completamente. Los problemas de atribución que surgen cuando un movimiento insurreccional sólo deja de existir como tal porque ha triunfado y sus estructuras han pasado a constituir, en todo o en parte, el nuevo aparato gubernamental del Estado preexistente o las de un nuevo Estado formado por inspiración suya en una parte de los territorios que anteriormente se hallaban bajo la soberanía o la administración del Estado preexistente, tienen un carácter totalmente distinto y, por ello, se examinan en el marco del artículo 15.

2) A menudo, la cuestión de la responsabilidad eventual del Estado por hechos realizados por órganos de un movimiento insurreccional propiamente dicho se examina junto con la de la responsabilidad del Estado por el comportamiento de simples particulares durante una revuelta, una manifestación de masas u otros disturbios y hechos subversivos, o también durante una insurrección que aún no ha dado lugar a la formación de un verdadero movimiento insurreccional dotado de un aparato institucional distinto del aparato del Estado. Ahora bien, no se trata sólo de una simple distinción de grado, es decir relativa a la intensidad de la subversión, entre estos casos y aquellos en que el movimiento insurreccional ha establecido su autoridad sobre una parte del territorio del Estado o de otro territorio bajo la administración de este Estado. También existe una diferencia cualitativa entre los dos supuestos mencionados, la cual justifica que se trate de ellos por separado.

3) Ciertamente, al comienzo de la insurrección, el comportamiento de las personas o grupos de personas que después pasan a ser órganos de un movimiento insurreccional se presenta como comportamiento de simples particulares. Desde el punto de vista de la atribución de un hecho al Estado, como fuente eventual de

[204] Sobre la posibilidad de que quede comprometida la responsabilidad del Estado territorial por denegación de justicia a raíz de un hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional, véase J.-P. Ritter, *loc. cit.*, págs. 446 y 447.

una responsabilidad internacional, esos comportamientos son efectivamente equiparables a los de personas o grupos de personas que participan en una revuelta o en una manifestación de masas y, al igual que los de estas personas, entran dentro del campo de aplicación de la disposición enunciada en el artículo 11. Pero la situación varía a partir del momento en que surge un movimiento insurreccional, en el sentido que se da a ese concepto en derecho internacional. Desde ese momento existe, paralelamente al Estado, una organización dotada de su propio aparato institucional, cuyos órganos pueden actuar por cuenta del movimiento insurreccional mismo en una parte del territorio que está bajo la soberanía o la administración del Estado. Los órganos que forman parte de las estructuras del movimiento insurreccional y que actúan en su nombre no son en modo alguno órganos del Estado [205], como no lo son tampoco los particulares que participan en una revuelta o una manifestación de masas, pero, en cuanto órganos de un movimiento insurreccional, pueden observar un comportamiento que podría dar lugar a una responsabilidad internacional del propio movimiento insurreccional, si tales comportamientos constituyeran una violación de una obligación internacional que se reconociese que incumbía al movimiento insurreccional [206].

4) No se trata, por supuesto, de codificar en el presente proyecto las reglas que rigen la eventual responsabilidad internacional de los movimientos insurreccionales, sino una vez más de partir de la premisa de que, desde el comienzo de su existencia autónoma en el ámbito internacional, esos movimientos pueden ser, dentro de ciertos límites, capaces de cometer hechos internacionalmente ilícitos propios; se trata, seguidamente, de deducir de esta premisa las conclusiones pertinentes en lo relativo a la determinación de las consecuencias para el Estado de los actos ilícitos de un movimiento insurreccional. A este respecto, es necesario hacer una primera observación, a saber, que la responsabilidad eventual en que el Estado podría incurrir por no haber adoptado las medidas de vigilancia, de prevención y de represión necesarias, si hubiera tenido la posibilidad de hacerlo, sería una responsabilidad mucho más excepcional que la responsabilidad en que puede incurrir a consecuencia de la falta de vigilancia, prevención o represión con ocasión de una simple revuelta o de una manifestación de masas. Rara vez podrá acusarse al Estado de haber incumplido sus obligaciones propias de vigilancia y protección respecto de los comportamientos de los órganos de un movimiento insurreccional, ya que, casi siempre, tales actos escapan totalmente a su control [207]. Y aún será más raro que se formulen contra el Estado tales acusaciones en los casos en que, habiendo logrado el movimiento insurreccional establecer de manera estable su autoridad en una parte concreta del territorio del Estado, los terceros Estados lleguen a considerar al movimiento mismo responsable de los actos internacionalmente ilícitos de sus propios órganos.

5) La existencia de un movimiento insurreccional plantea de por sí ciertos problemas específicos de los que no se puede hacer caso omiso en un proyecto de codificación de las normas de derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados. Pero el hecho de tomar en consideración estos problemas no significa en modo alguno que sea necesario definir, en el presente proyecto de codificación, los elementos que debe reunir, según el derecho internacional, un movimiento determinado para poder ser calificado de «movimiento insurreccional», ni especificar en qué condiciones, en qué momento y respecto de quién es posible considerar que un movimiento de esta índole tiene personalidad internacional y cuál es entonces el alcance —por lo demás variable según los casos y, en cada caso, según el tiempo— de su capacidad jurídica internacional [208]. El examen de todas estas cuestiones, que por otra parte también deberían plantearse, *mutatis mutandis*, respecto de los Estados y las organizaciones internacionales, no forma parte de la materia objeto de estudio, sino que pertenece más bien a otros capítulos generales del derecho internacional, a saber, los que versan sobre los sujetos de derecho internacional.

6) Para los efectos del presente artículo, la existencia de un «movimiento insurreccional» en el sentido del derecho internacional, debe considerarse, pues, como un supuesto de hecho. Si este supuesto se da en la realidad, las cuestiones de atribución o no atribución al Estado del comportamiento de órganos del movimiento de que se trate entran dentro del marco de las hipótesis que se han de considerar. Por el contrario, si el movimiento de que se trata no ha de ser considerado como un «movimiento insurreccional» según el derecho internacional, los problemas de atribución que pueden plantearse deben resolverse entonces con arreglo a las disposiciones enunciadas en otros artículos del proyecto y, en particular, en el artículo 11.

---

[205] Es evidente que tampoco se los puede equiparar a «personas que actúan de hecho por cuenta del Estado», en el sentido que se da a esta expresión en el artículo 8 del proyecto. Las personas o grupos de personas que actúan en calidad de órganos de un movimiento insurreccional dirigido contra un Estado o contra un gobierno determinados no tratan en absoluto de actuar «de hecho por cuenta» de ese Estado o de ese gobierno ni de ejercer «de hecho prerrogativas del poder público» de tal Estado o gobierno mientras duren ciertas circunstancias excepcionales. Por el contrario, su objetivo es derribar las estructuras del Estado de que se trata y sustituirlas como nuevo gobierno de ese Estado o como gobierno de un nuevo Estado separado del Estado preexistente.

[206] Véase H. Kelsen, *Principles of International Law*, Nueva York, Rinehart, 1952, pág. 292: «Mediante el control efectivo de una parte del territorio y de la población del Estado en que ocurre la guerra civil por el gobierno insurreccional, se forma una entidad con todas las apariencias de un Estado en el sentido del derecho internacional.» Véase también Arangio-Ruiz, *loc. cit.*, pág. 165.

[207] Este es el elemento que a menudo distingue la situación creada como resultado de actos de órganos de un movimiento insurreccional de la situación creada por actos de órganos de un Estado extranjero. En este supuesto, el Estado conserva normalmente su autoridad sobre el territorio en que se producen tales actos, mientras que, en el primer caso, generalmente ya no tiene ninguna autoridad sobre el territorio controlado por el movimiento insurreccional.

[208] Así pues, no hay que detenerse aquí a definir las condiciones que exige el derecho internacional para que un movimiento determinado adquiera como tal la calidad internacional de «movimiento insurreccional», ni siquiera a establecer si esa determinación se debe efectuar sobre la base de criterios objetivos (efectividad, duración, amplitud, organización, etc.) o si depende de elementos subjetivos tales como el reconocimiento por Estados o por organizaciones internacionales, así como si la personalidad internacional de un movimiento de este tipo es válida *erga omnes* o si tiene más bien un carácter relativo, etc.

7) Para formular las reglas que deben figurar en el presente artículo, la Comisión tampoco necesita pronunciarse acerca de las diversas formas que pueden adoptar los movimientos insurreccionales según se trate de una lucha interna relativamente limitada, de una situación de verdadera guerra civil, de una lucha anticolonial, de la acción de un frente de liberación nacional, de un movimiento revolucionario o contrarrevolucionario, etc., ni acerca de las cuestiones que puede plantear el problema de la legitimidad internacional de algunas de dichas formas [209]. En cambio, es importante en este contexto tener en cuenta el hecho de que los movimientos insurrecionales a veces pueden estar dirigidos contra el propio Estado, como en el caso de un movimiento secesionista o de un movimiento de descolonización de un antiguo territorio dependiente. Pero los movimientos insurreccionales también pueden proponerse como objetivo la sustitución del gobierno del Estado por un nuevo gobierno. Además, y esto también es importante para la formulación de las normas pertinentes, un movimiento insurreccional puede estar dirigido contra un Estado o contra el gobierno de un Estado distinto del Estado en cuyo territorio se halla establecido. Así ocurre, por ejemplo, cuando un movimiento insurreccional tiene su cuartel general en un tercer Estado y opera desde este Estado.

8) En general, es más difícil invocar la responsabilidad internacional de un movimiento insurreccional que la de un Estado propiamente dicho. El movimiento insurreccional tiene, por su propia naturaleza, un carácter provisional [210]. Su duración se limita a lo que dura la lucha que ha entablado. Al término de esa lucha, está destinado a desaparecer como tal movimiento. Si es vencido, su existencia llega a su fin y su organización se disuelve. Si sale vencedor, puede o bien transmitir al Estado las estructuras de su organización, en tanto que nuevo gobierno de dicho Estado, o convertirse él mismo en un nuevo Estado, constituido en una parte del territorio sujeta anteriormente a la soberanía o a la administración del Estado preexistente. Ahora bien, plantear la cuestión de la responsabilidad internacional engendrada por un hecho internacionalmente ilícito es una operación que requiere con frecuencia un lapso de tiempo relativamente largo, quizá más largo que la duración de la lucha insurreccional. Además, la amplitud e importancia del movimiento insurreccional pueden variar según las vicisitudes de la lucha. Por ejemplo, el territorio sobre el cual éste ejerce su autoridad puede aumentar o disminuir y los medios financieros o de otra índole de que disponga pueden modificarse igualmente. Todo esto crea un clima de incertidumbre en cuanto a la posibilidad de obtener de tal movimiento, en el curso de la lucha, la reparación de un hecho internacionalmente ilícito. Además, si el Estado que se queja de los daños causados por actos ilícitos de órganos del movimiento insurreccional no reconoce ni se propone reconocer este movimiento y no mantiene relaciones con el mismo, el presentar una reclamación y plantear la cuestión de una responsabilidad pueden suponer dificultades suplementarias.

9) Aunque no siempre es así —y la práctica internacional conoce ejemplos de presentación de reclamaciones en el curso de la lucha [211]— suele ocurrir que, por las razones mencionadas, los Estados víctimas de actos internacionalmente ilícitos cometidos por órganos de movimientos insurreccionales consideran útil esperar a que se aclare la situación para presentar sus reclamaciones. Así, con frecuencia, las reclamaciones se presentan al final de la contienda al gobierno legítimo del Estado, en el caso en que éste haya vencido la insurrección y haya restablecido su autoridad sobre todo el territorio, o al nuevo gobierno que haya reemplazado al gobierno anterior a raíz de la victoria de la insurrección, o al gobierno del nuevo Estado que se haya formado por secesión de una parte del territorio del Estado preexistente o por descolonización de un antiguo territorio dependiente de dicho Estado.

10) No obstante, estas situaciones difieren claramente unas de otras, y el fundamento de las reclamaciones presentadas no es siempre el mismo para todas ellas. Algunas de esas situaciones dependen del artículo 15 y quedan fuera del ámbito del presente artículo. Este, como ya se ha indicado, sólo está consagrado al examen del problema de la atribución o de la no atribución al Estado, como fuente eventual de una responsabilidad internacional, de los actos de órganos de un movimiento insurreccional establecido en su territorio o en un territorio sometido a su administración, en el caso en que ese movimiento siga existiendo como tal en el momento de la presentación de la reclamación o haya entonces cesado de existir pero habiendo arrastrado en su caída su propia estructura y su organización.

11) Así delimitado el alcance del presente artículo, sólo se plantean tres cuestiones respecto de su formulación. La primera equivale a preguntarse si es o no posible atribuir al Estado, como fuente de responsabilidad, hechos de órganos de un movimiento insurreccional establecido en su territorio o en cualquier otro territorio sujeto a su administración. La segunda, que supone que se ha respondido negativamente a la primera, consiste en determinar si es posible, no obstante, que el Estado incurra en una responsabilidad internacional por el hecho del comportamiento observado por sus propios órganos en relación con actos de órganos del movimiento insurreccional, y esto antes, o bien después, de la lucha contra ese movimiento y el restablecimiento eventual

[209] En el debate, algunos miembros de la Comisión afirmaron la legitimidad internacional de ciertas formas de movimientos insurreccionales y, en particular, de los movimientos de lucha anticolonial y de liberación nacional que invocan el derecho de los pueblos a la libre determinación, proclamado por la Carta de las Naciones Unidas y desarrollado en toda una serie de resoluciones de la Asamblea General.

[210] Para G. Arangio-Ruiz [*Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1954, págs. 129 y 130; y «Stati e altri enti...» *(op. cit.)*, págs. 165 y 166], el carácter «provisional» no es una característica «necesaria» del sujeto movimiento insurgente. De todas formas, aunque es cierto que, de hecho, tanto el Estado como los insurgentes pueden dejar de existir como sujeto de derecho internacional, no se puede olvidar la diferencia que hay entre las dos clases de sujetos en cuanto a sus finalidades respectivas. Por el contrario, el movimiento insurgente no trata de perpetuarse como tal y quiere convertirse en un sujeto con plenos derechos, es decir, en Estado. Se trata, pues, de un tipo de entidad institucionalmente provisional.

[211] Véase párr. 28 *infra*.

de la autoridad del Estado en la totalidad del territorio. La tercera cuestión consiste en saber si conviene insertar en el artículo una cláusula de salvaguardia relativa a la posibilidad de atribuir el comportamiento de un órgano del movimiento insurreccional al movimiento mismo.

12) El análisis de la jurisprudencia arbitral internacional y de la práctica de los Estados confirma que los hechos cometidos por los órganos de un movimiento insurreccional, prescindiendo de la hipótesis de que éste se convierta en algo distinto como consecuencia de un desenlace de la contienda que le sea favorable (hipótesis prevista en el artículo 15), no pueden ser atribuidos al Estado territorial. La atribución al Estado de los hechos cometidos por los órganos del movimiento insurreccional no puede realizarse mientras dura la lucha entre ese movimiento y el poder constituido, ni con mayor razón una vez terminada la lucha de un modo favorable al Estado [212]. Estas conclusiones son igualmente las de una gran mayoría de los autores que han examinado el problema desde un punto de vista doctrinal. Sólo se puede hacer recaer una responsabilidad en el Estado territorial si, eventualmente, sus propios órganos han dejado de cumplir en esa ocasión las obligaciones de vigilancia, de prevención o de represión que le incumben. A esto hay que añadir que no puede haber diferencias según que la omisión achacada al Estado se haya producido antes de la cesación de la existencia activa del movimiento insurreccional o después, cuando, por ejemplo, habiéndose restablecido la paz interna, las autoridades del Estado omitan castigar debidamente a los autores de los hechos lesivos cometidos en el curso de la lucha. Esto será precisamente lo que se aducirá con más frecuencia para invocar la responsabilidad del Estado, puesto que los casos en que el gobierno «legítimo» haya tenido durante la lucha la posibilidad material de prevenir o de reprimir la acción perjudicial de la persona-órgano del movimiento insurreccional son más bien excepcionales. Es de señalar también que el hecho de que la fuente de la responsabilidad del Estado no se encuentre en la acción de la persona que, en el momento en que la misma actuaba, era órgano del movimiento insurreccional, sino en el comportamiento de los órganos del Estado en relación con tal acción, no tiene necesariamente una influencia decisiva en la elección de los criterios aplicables para determinar, en el caso concreto, el grado de la reparación. Nada impide que se fije la cuantía en la reparación debida como consecuencia del incumplimiento por el Estado de una obligación de prevención o de represión tomando como criterio el daño materialmente causado por el acto del individuo que ha actuado en su calidad de órgano del movimiento insurreccional. Por último, tanto en la práctica de los Estados como en la doctrina se reconoce una responsabilidad internacional propia de los movimientos insurreccionales por los hechos realizados por sus órganos.

13) Ya en el siglo XIX, muchas comisiones mixtas habían afirmado en reiteradas ocasiones, sobre la base, por otra parte, de cláusulas expresas de tratados en virtud de los cuales habían sido instituidas, el principio de que, por regla general, un gobierno no responde por los perjuicios causados a extranjeros por los miembros de una insurrección armada, que se haya sustraído al control del mencionado gobierno. La Comisión Mixta de reclamaciones estadounidense-mexicana, creada por la Convención de 4 de julio de 1968, había seguido este principio en los fallos relativos a reclamaciones por perjuicios causados o por insurgentes, en México, o por órganos de los confederados en lucha contra los federales en los Estados Unidos de América [213]. La Comisión Mixta de reclamaciones angloestadounidense, creada por el Tratado de 8 de mayo de 1871, lo había aplicado con ocasión de las reclamaciones originadas también en actos de los Confederados durante la guerra de Secesión [214]. La Comisión Mixta hispano-estadounidense instituida en 1871 había hecho otro tanto en cuanto a las reclamaciones relativas a perjuicios causados por los insurgentes en Cuba [215].

14) Por lo que respecta al siglo XX, la jurisprudencia arbitral internacional presenta una serie de fallos que versan sobre las cuestiones objeto del presente artículo y que forman parte del conjunto de decisiones adoptadas entre 1903 y 1905 por las Comisiones Mixtas de reclamaciones instituidas en virtud de los protocolos de París (1902) y de Wáshington (1903), celebrados entre Venezuela y otras Potencias. Estas últimas reclamaban por los perjuicios causados a sus súbditos, especialmente con ocasión de actos de movimientos revolucionarios. Quizá el fallo más significativo sea el dictado por la Comisión Mixta italo-venezolana en el *Asunto Sambiaggio*, relativo a las exacciones y requisiciones forzadas por parte de las fuerzas revolucionarias al mando del coronel Guevara, de que había sido víctima un súbdito italiano en 1902. Tras un detallado examen de los precedentes proporcionados por la jurisprudencia, las opiniones de los autores y las cláusulas de los tratados en vigor entre Italia y Venezuela, el superárbitro Ralston concluyó que no se podía atribuir responsabilidad a Venezuela salvo que se hubiera alegado y demostrado que las autoridades del país no habían empleado la debida diligencia para impedir que los revolucionarios causaran perjuicios. Rechazó, pues, la reclamación italiana, observando que en ese caso no se había alegado ni demostrado ninguna falta de diligencia [216].

[212] No obstante, nada impide que el Estado que haya sofocado la insurrección acepte (por ejemplo, por medio de una convención especial) hacerse cargo de la responsabilidad en que haya incurrido el movimiento insurreccional y que el tercer Estado no haya podido exigir de éste. Pero tal solución supone una desviación manifiesta respecto del derecho internacional general.

[213] Véanse los casos narrados en Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. III, págs. 2873 y ss., 2881 y ss., 2886 y ss., 2902 y ss., y 2973 a 2981.

[214] *Ibid.*, págs. 2900 y 2901, y 2982 a 2990.

[215] *Ibid.*, págs. 2981 y 2982.

[216] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 60.V.4), pág. 524. Examinando primero la cuestión desde un punto de vista abstracto, el árbitro Ralston concluyó

«que como principio general, y salvo circunstancias excepcionales [...] no se puede atribuir responsabilidad al gobierno por los actos de los revolucionarios, habida cuenta de que:

»1. Los revolucionarios no son agentes gubernamentales y no existe responsabilidad natural;

»2. Sus actos tienden a destruir el gobierno y nadie puede ser responsable de los actos de un enemigo que amenaza a su vida;

(Continúa en la página siguiente.)

15) El Sr. Plumley, superárbitro en el *Asunto Aroa Mines* [217] (presentado ante la Comisión Mixta anglo-venezolana), en los *Asuntos Enríquez y Salas* [218] (presentados ante la Comisión Mixta de Países Bajos/Venezuela) y en el *Asunto de la French Company of Venezuelan Railroads* [219] (presentado ante la Comisión Mixta Francia/Venezuela), el superárbitro Sr. Duffield en los *Asuntos Kummerov, Redler, Fulda, Fischbach y Friedericy* [220] (presentados ante la Comisión Mixta germano-venezolana), el superárbitro Sr. Gutiérrez Otero en el *Asunto Padrón* [221] y en el *Asunto Mena* [222] (presentados ante la Comisión Mixta hispano-venezolana) y el Comisionado Paul en el *Asunto Acquatella Bianchi et al.* [223] (presentado ante la Comisión Mixta franco-venezolana de 1903) aplicaron prácticamente los mismos principios en los fallos relativos a todos estos asuntos y llegaron a conclusiones análogas. En el *Asunto Padrón*, por ejemplo, el superárbitro indicó que, según un principio reconocido de derecho internacional, los Estados no eran responsables de los actos cometidos por insurgentes y que causaran daños a extranjeros, sino exclusivamente de una eventual «negligencia por parte de las autoridades constituidas» en la adopción de medidas adecuadas de protección o represión contra los actos de los sublevados.

16) La no responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por una persona o un grupo de personas que sean órganos de un movimiento insurreccional está confirmada también por la decisión dictada el 1.º de mayo de 1925 por el árbitro, Sr. Huber, en el *Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español*. El jurisconsulto suizo no excluye, sin embargo, que se pueda atribuir al Estado, como fuente eventual de responsabilidad internacional, la falta de vigilancia de sus autoridades en la prevención y represión de actos lesivos de rebeldes y de órganos de movimientos insurreccionales, siempre que tanto esa prevención como esa represión hubieran sido posibles [224]. Se encuentra otra afirmación del mismo principio, que data más o menos de la misma época, en el fallo dictado el 19 de noviembre de 1925 por el Tribunal arbitral anglo-americano instituido en virtud del acuerdo especial de 18 de agosto de 1910, a raíz del *Asunto Several Britisch Subjects (Iloilo Claims)*. El Tribunal rechazó la reclamación británica, pues no se pudo imputar negligencia a las fuerzas estadounidenses [225].

17) Hacia la misma época, dictaron otra serie de fallos muy interesantes las distintas comisiones de reclamaciones establecidas en los acuerdos celebrados entre México y varias Potencias después de los acontecimientos ocurridos en México en el período comprendido entre 1910 y mediados del decenio de 1920. Por ejemplo, en el *Asunto de la Home Insurance Company*, resuelto el 31 de marzo de 1926, la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América negó la responsabilidad del Gobierno mexicano por un acto cometido en Puerto México, en perjuicio de una sociedad estadounidense, por el comandante local de las fuerzas insurreccionales del General de la Huerta [226]. En la decisión dictada el 3 de octubre de 1928 en el *Asunto Solís*, redactada por la Comisión General por el Comisionado Nielsen, se consideraron insuficientes las pruebas presentadas sobre la pretendida falta de protección de que las fuerzas del Gobierno mexicano eran acusadas por el recurrente. La decisión cita como «principio bien establecido de derecho internacional» el de que no puede considerarse responsable a un gobierno por los actos cometidos en violación de su autoridad por grupos de rebeldes, cuando no es en sí culpable de falta de buena fe o negligencia en la represión de la insurrección. Sólo la omisión de las autoridades legítimas del Estado de cumplir este deber de protección podía constituir la fuente de una responsabilidad del Estado [227]. El principio de la no responsabilidad de los Estados por actos delictuosos cometidos por movimientos insurreccionales se infiere también del fallo del árbitro Verzijil en el *Asunto George Pinson*, resuelto el 19 de octubre de 1928 por la Comisión de Reclamaciones entre México y Francia [228].

18) Algunas decisiones de la Comisión de Reclamación entre México y Gran Bretaña creada en virtud de la Convención de 19 de noviembre de 1926, revisten particular interés pues toman especialmente en consideración la hipótesis de falta de represión de la insurrección o castigo de los culpables. Llegan incluso a fijar criterios para establecer la prueba de tal omisión. Por ejemplo, en el fallo de 15 de febrero de 1930, sobre el *Asunto de las reclamaciones relativas al bombardeo de la ciudad de México*, la Comisión señaló que:

(Continuación de la nota 216.)

»3. Los revolucionarios no estaban bajo el control del gobierno, al que no se puede atribuir responsabilidad por los perjuicios causados por quienes han salido de su férula.» (*Ibid.*, págs. 512 y 513.)

La Comisión italo-venezolana aplicó los mismos principios en el Affaire Revesno et al. (*ibid.*, págs. 582 y 583) y en el Affaire Guastini (*ibid.*, págs. 577 y ss.).

[217] *Ibid.*, vol. IX (N.º de venta: 59.V.5), págs. 408 y ss., y especialmente las págs. 439 y ss.

[218] *Ibid.*, vol. X *(op. cit.)*, págs. 714 y ss., y 720 y 721.

[219] *Ibid.*, pág. 354.

[220] *Ibid.*, págs. 397 y 398.

[221] *Ibid.*, págs. 742 y 743.

[222] *Ibid.*, pág. 749.

[223] El Comisionado Paul observó:

«[...] sólo cuando es evidente que el gobierno no se ha valido pronta y eficazmente de su autoridad para obtener que el mencionado grupo de sublevados se someta, y para proteger, en la medida de sus posibilidades, los bienes y las personas amenazados por los trastornos revolucionarios, se le puede atribuir responsabilidad por esa situación anormal.» (*Ibid.*, pág. 6.)

[224] *Ibid.*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), pág. 642.

[225] *Ibid.*, vol. VI (N.º de venta: 1955.V.3), págs. 159 y 160.

[226] *Ibid.*, vol. IV (N.º de venta: 1951.V.1), págs. 48 y ss., en especial la pág. 52.

[227] *Ibid.*, págs. 358 y ss. El Comisionado Nielsen manifestó que, independientemente de las circunstancias de cada caso, «el carácter y extensión de un movimiento insurreccional deben constituir un factor de importancia para decidir sobre la cuestión de la posibilidad de garantizar la protección» (*ibid.*, pág. 362). Posteriormente, fueron aplicados criterios similares por la misma Comisión en la decisión relativa al Asunto Bond Coleman (*ibid.*, págs. 364 y ss.); asimismo, el Comisionado Nielsen recordó estos criterios en su opinión relativa al Asunto Russel, decidido por la Comisión creada por la Convención mexicano-norteamericana del 10 de septiembre de 1923 (*ibid.*, pág. 831).

[228] *Ibid.*, vol. V (N.º de venta: 1952.V.3), págs. 352 y 353. Véanse también a este respecto los criterios enunciados en la decisión de 19 de mayo de 1931, relativa al Asunto John Gill (*ibid.*, pág. 159).

En gran número de casos será sumamente difícil establecer sin lugar a dudas la omisión o falta de medidas de represión o de castigo. La Comisión se da cuenta de que es siempre difícil presentar en forma absolutamente convincente la prueba de hechos negativos. Pero cabe presumir que existe en principio una prueba sólida en los casos en que, *primo*, el agente británico pueda lograr la admisión de que los hechos eran conocidos por las autoridades competentes, o bien porque eran de notoriedad pública, o bien porque habían sido puestos a su debido tiempo en conocimiento de éstas, y en que, *secundo*, el agente mexicano no pueda ofrecer prueba alguna de que las autoridades han tomado medidas [229].

Sobre esta base, la mayoría de la Comisión concluyó que había responsabilidad del Gobierno mexicano, señalando en particular que el agente de México no había podido presentar pruebas de que las autoridades hubieran emprendido actividades de investigación, presión o persecución, a pesar de que, debidamente informadas de los hechos, podrían haber actuado en ese sentido. En el *Asunto John Gill*, la mayoría de la Comisión concluyó que había responsabilidad del Estado mexicano, por razones idénticas a las indicadas en el fallo sobre el *Asunto de las reclamaciones relativas al bombardeo de la ciudad de México.*

19) La jurisprudencia arbitral internacional demuestra, por consiguiente, una notable unidad de criterio. Lo mismo puede decirse de la práctica diplomática. En una época ya bastante alejada, las cancillerías de las Potencias habían hecho suyo el principio de que no podía considerarse responsable al Estado por las acciones de un movimiento insurreccional en rebelión contra el gobierno legítimo y que, en estos casos, sólo podría contemplarse una responsabilidad del Estado si sus órganos, aun teniendo la posibilidad de hacerlo, no tomaban medidas apropiadas de prevención y represión. Por consiguiente, las opiniones de los gobiernos se sumaban a las expresadas por los tribunales arbitrales, a menudo con ocasión de las mismas situaciones. Esto se comprueba en buen número de casos, sea que los acontecimientos durante los cuales los órganos de movimientos insurreccionales causaron perjuicios a extranjeros tuvieran por marco la guerra de Secesión de los Estados Unidos de América (1861-1865) [230], la Comuna de París de 1871 en Francia [231], la insurrección carlista de 1874 en España [232], la rebelión de Arabi Pacha de 1882 en Egipto [233], las dos insurrecciones de 1868 a 1878 y 1895 a 1898 por la independencia de Cuba [234], o inclusive las diferentes insurrecciones contra los gobiernos de diversas naciones latinoamericanas [235]. El principio de que, en el caso de perjuicios causados por órganos de un movimiento insurreccional, no puede atribuirse al Estado, como fuente eventual de una responsabilidad, más que las omisiones de sus propios órganos queda igualmente subrayado por una serie de actitudes significativas que se remontan a los primeros años del siglo XX [236].

20) De las respuestas dadas por los gobiernos al punto IX del cuestionario enviado por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de 1930, se desprende claramente que los Estados estaban fundamentalmente de acuerdo en reconocer: *a*) que el comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional que actúa en el territorio del Estado contra el cual se ha levantado no puede atribuirse como tal al Estado ni comprometer su responsabilidad internacional; *b*) que sólo el comportamiento observado por órganos del Estado en relación con los actos lesivos de los insurgentes podría ser atribuido al Estado y comprometer su responsabilidad internacional en caso de que este mismo comportamiento constituyera una falta a una obligación internacional del Estado [237]. Fundándose en las respuestas recibidas, el Comité Preparatorio de la Conferencia redactó dos bases de discusión (Base de discusión N.º 22 [238] y Base de discusión N.º 22*a* [239]), pero la Conferencia tuvo que interrumpir su labor antes de haber podido proceder al examen de estas bases. Sin embargo, la convicción de los gobiernos se desprende claramente de sus respuestas a la solicitud formulada por el Comité Preparatorio. Además, tal convicción parece enteramente confirmada por la que algunos de ellos expresaron posteriormente ante situaciones concretas hacia los años 30 [240].

[229] *Ibid.*, pág. 80.

[230] Véanse, para los casos que figuran en los repertorios de la práctica de los Estados Unidos de América, Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. II, págs. 1621 a 1624, y *A Digest... (op. cit.)*, págs. 957 y 958; y para los dictámenes de los asesores de la Corona Británica, A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, págs. 256 y 257.

[231] McNair, *op. cit.*, págs. 261 y ss.

[232] *Ibid.*, pág. 265.

[233] *Ibid.*, págs. 267 y 268.

[234] Moore, *A Digest... (op. cit.)*, págs. 961 y ss., y 966 y ss.

[235] Véase Moore, *A Digest... (op. cit.)*, págs. 966 (insurrección de 1893 en el Brasil), 980 y 981 (toma temporal del poder en México por el Emperador Maximiliano), 981 a 984 (insurrección de 1873 en Venezuela); Hackworth, *op. cit.*, pág. 673 (insurrección de 1926 en Honduras); McNair, *op. cit.*, págs. 259 y 260 (insurrección en Venezuela), 271 (insurrección en Brasil). Véase también la carta de 17 de agosto de 1894 dirigida al Engargado de Negocios de Italia en Río de Janeiro por el Ministro de Relaciones Exteriores de Italia, Blanc, en el Libro Verde presentado el 6 de diciembre de 1894 a la Cámara de Diputados (Italia, Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti diplomatici presentati al Parlamento italiano dal Ministro degli Affari esteri, documento N.º VII *bis*, *Brasile: Reclami italiani*, Roma, 1895).

[236] Por ejemplo, en la conclusión general N.º 3 de la Comisión creada en los Estados Unidos de América por Ley de 2 de marzo de 1901 para el examen de las reclamaciones admitidas en ejecución del Tratado de 10 de diciembre de 1898 con España, por el que se ponía fin a la guerra de Cuba [Moore, *A Digest... (op. cit.)*, págs. 971 y 972]; en una carta de 7 de noviembre de 1911 dirigida al Embajador de los Estados Unidos en México por el Secretario de Estado interino, Adee (Hackworth, *op. cit.*, pág. 668); en las instrucciones enviadas por el Foreign Office británico a sus servicios consulares en el extranjero *(ibid.)*.

[237] Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, págs. 108 y ss., y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 3 y 20. Véanse, por ejemplo, las repuestas de Alemania, Polonia y Suecia [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, págs. 108, 110 y 111].

[238] «En principio, el Estado no es responsable de los daños causados a la persona o los bienes de un extranjero por las personas que participan en una insurrección o motín o por la violencia de las turbas.» (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 220, documento A/CN.4/96, apéndice 2).

[239] «Sin embargo, el Estado es responsable de los daños causados a la persona o bienes de un extranjero por individuos que participan en una insurrección o motín, o por la violencia de las turbas, si no ha puesto la diligencia adecuada en tales circunstancias para prevenir los daños y castigar a sus autores.» *(Ibid.)*.

[240] Véanse, a título de ejemplo, las posiciones adoptadas por el Gobierno estadounidense con ocasión de las actividades de movimientos insurreccionales que actuaban en México (Hackworth, *op.*

(Continúa en la página siguiente.)

21) Después de la segunda guerra mundial, se han afirmado los mismos principios en las decisiones de las comisiones nacionales estadounidenses encargadas de repartir entre los reclamantes las sumas globales convenidas y pagadas al Gobierno de los Estados Unidos para la solución de controversias relativas a daños causados a nacionales estadounidenses [241]. Más recientemente, en 1958, durante la guerra contra los disidentes indonesios, los buques mercantes *San Flaviano* y *Daronia*, y más tarde el submarino *Aurochs*, todos británicos, fueron bombardeados por aviones en las aguas territoriales indonesias, y uno de los buques mercantes resultó destruido. Interrogado en la Cámara de los Comunes sobre las medidas adoptadas por el Gobierno, el Subsecretario de Estado británico declaró el 11 de junio de 1958 que:

> En ambos casos, el Embajador de Su Majestad en Yakarta realizó averiguaciones ante el Gobierno indonesio, como resultado de las cuales el Gobierno de Su Majestad ha llegado al convencimiento de que la acción no fue realizada por las fuerzas armadas del Gobierno de Indonesia. Al parecer, los aviones atacantes estaban a las órdenes de fuerzas indonesias disidentes de las Célebes septentrionales [242].

El Gobierno británico no consideró por tanto posible atribuir al Estado indonesio, como fuente de responsabilidades para este último, los actos ilícitos de las fuerzas armadas de los insurgentes [243].

22) Cabe recordar también la posición adoptada por el Gobierno belga a propósito de la reparación de los daños sufridos por nacionales belgas en la República Democrática del Congo durante la guerra civil. El 10 de diciembre de 1969, en respuesta a una interpelación parlamentaria, el Ministro belga de Relaciones Exteriores afirmó que «los actos culpables y lesivos causados por amotinados o insurgentes» sólo podían ser objeto de una reparación «si había habido, por parte de las fuerzas del orden, en su misión de mantenimiento del orden, una negligencia culpable» [244].

23) Las actitudes adoptadas por los gobiernos respecto de situaciones concretas parecen tanto más significativas cuanto que, en la mayor parte de los casos, llegan a una decisión negativa a propósito de la presentación de una reclamación. Aparte de eso, no deben tomarse literalmente los términos empleados en ciertas notas. El hecho de que se hable, por ejemplo, de negligencia de los órganos constituidos «en la represión de la insurrección» no significa por cierto que se haga responsable al Estado en caso de perjuicios causados por los órganos de un movimiento insurreccional a un Estado extranjero por el hecho de que en general la lucha contra la insurrección no haya sido llevada a cabo con vigor. La falta de vigilancia y de intervención de las autoridades estatales debe evidentemente haberse producido en cuanto a la protección de los Estados o de los particulares extranjeros víctimas de ciertos actos de los insurrectos, y con ocasión de esos actos. Asimismo, el hecho de que se diga que el Estado no es responsable «de los daños» causados por los insurrectos «a menos que» haya habido en un caso concreto falta de protección por parte de los órganos estatales no significa en modo alguno que esa negligencia permitiría sin más la atribución al Estado, excluida en principio, de los actos del movimiento insurreccional. Todo lo que se quiere decir es que, en esos casos, el Estado responsable de la omisión reprochada a sus órganos tiene la obligación de indemnizar los daños causados por los actos de los insurgentes por concepto de reparación de su omisión. Pero el hecho internacionalmente ilícito del Estado sigue siendo únicamente esa omisión. El acto cometido por los órganos de los insurrectos no es, con respecto al comportamiento del Estado, más que el acontecimiento externo catalizador de la ilicitud de ese comportamiento.

24) El análisis de las opiniones de la doctrina permite comprobar que los internacionalistas han mostrado también una notable unidad de pareceres por lo que respecta a las cuestiones que entran dentro del marco del presente artículo. Desde hace mucho coinciden en reconocer que el comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional no puede considerarse como hecho del Estado y generar su responsabilidad internacional. Admiten que sólo cabe hablar de una responsabilidad del Estado con respecto a ese comportamiento si éste ha sido la ocasión de un incumplimiento por los órganos del Estado de una obligación internacional que correspondía a éste. Ya en el siglo XIX los autores se habían pronunciado en este sentido [245]. La tentativa hecha por el Instituto de Derecho Internacional entre 1898 y 1900 con miras a hacer aceptar una especie de garantía objetiva del Estado con respecto a todos los hechos lesivos acaecidos con ocasión de motines o guerras civiles se abandonó muy pronto. Por otra parte, las propuestas hechas en el Instituto se referían esencialmente a la hipótesis de que los revolucionarios no fueron sino simples particulares [246].

(Continuación de la nota 240.)

cit., vol. V, págs. 671 y 672), en Cuba (*ibid.*, pág. 670) y en España (*ibid.*), y la del Servicio Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia (Kiss, *op. cit.*, pág. 637).

[241] Véanse, por ejemplo, las decisiones de la Comisión General de Reclamaciones entre México y Estados Unidos creada por la ley del 18 de diciembre de 1942 en el Asunto Batopilas Mining Company y en el Asunto Simpson (Whiteman, *op. cit.*, págs. 822 y 823) y de la Comisión de Reclamaciones Internacionales creada en 1949 para la distribución de una suma global pagada en concepto de indemnización por el Gobierno de Yugoslavia, en la decisión relativa a la Socony Vacuum Oil Company (H. Lauterpacht, ed., *International Law Reports*, 1954, Londres, vol. 21, 1957, pág. 61). Ambas comisiones eran órganos de derecho interno estadounidense.

[242] British Institute of International and Comparative Law, *International and Comparativa Law Quarterly*, Londres, vol. 7, julio de 1958, pág. 552.

[243] Merecen asimismo señalarse las instrucciones enviadas el 28 de noviembre de 1958 por el Departamento de Estado norteamericano a la Embajada de los Estados Unidos en Cuba (Whiteman, *op. cit.*, pág. 819), y las dadas el 18 de mayo de 1967 por el Departamento de Relaciones Exteriores del Canadá para determinar los casos en que el Gobierno del Canadá estaba dispuesto a conceder protección diplomática. Véase en particular el punto 3 de estas instrucciones [*Canadian Yearbook of International Law, 1968*, Vancouver (B.C.), tomo VI, pág. 265].

[244] *Revue belge de droit international*, Bruselas, vol. VIII, N.º 1, 1972, pág. 372.

[245] Véase, por ejemplo, Ch. Calvo, «De la non-responsabilité de l'Etat à raison des pertes et dommages éprouvés par les étrangers en temps de troubles intérieurs ou de guerres civiles», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 1.ª serie, tomo I, N.º 3, 1869, págs. 417 y ss.

[246] Propuestas hechas por Brusa, Fauchille y von Bar. El artículo II, párrafos 2 y 3 de la resolución aprobada en 1900 por el Instituto de Derecho Internacional (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1900, París, vol. 18, 1900, págs. 236 y ss.) precisaba que si el

25) En cuanto a los autores modernos, ya sea que sus estudios se hayan dedicado concretamente a este problema [247] o se trate de obras más amplias sobre la responsabilidad internacional [248] o sobre el problema del reconocimiento [249] o bien sean tratados generales [250], puede decirse que, aunque sus posiciones difieren a veces en otros puntos, reconocen de modo casi unánime que, según las normas actualmente en vigor [251], el comportamiento lesivo de los órganos de un movimiento insurreccional no se atribuye al Estado y, por consiguiente, no compromete su responsabilidad internacional. Tal responsabilidad no puede nacer en rigor sino cuando los órganos de un Estado han faltado a su obligación de observar la debida diligencia para prevenir o reprimir los comportamientos lesivos de que se trata. E incluso eso no parece darse por supuesto, en opinión de algunos autores menos recientes, por lo menos en el caso concreto de «insurrectos reconocidos» y, por lo tanto, dotados de personalidad internacional [252].

26) Según ciertos autores mencionados en el párrafo anterior (como Silvanie, Reuter, Schwarzenberger y O'Connell) se debería prever una excepción a la regla general de no atribución al Estado, como fuente de responsabilidad internacional, del comportamiento de los órganos del movimiento insurreccional: la excepción sería válida para los actos corrientes de administración que los órganos del movimiento insurreccional hubieran realizado en la parte del territorio estatal sujeto a su control. Sin embargo, si bien es concebible que, en ocasiones, un Estado pueda reconocerse ligado por ciertas obligaciones dimanantes de actos corrientes de administración realizados por los órganos de un movimiento insurreccional en el territorio antes administrado por él, es mucho menos seguro, por no decir enteramente improbable, que adopte idéntica postura en relación con las obligaciones engendradas por comportamientos internacionalmente ilícitos de los órganos mencionados. Incluso admitiendo que el Estado quiera asumir *in proprio* ciertas obligaciones contraídas por un movimiento insurreccional, esto sería en virtud de la sucesión de un sujeto de derecho internacional en las obligaciones de otro sujeto y no en virtud de la atribución al primero de los actos del segundo en aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad internacional de los Estados. Parece imponerse igualmente una conclusión negativa con respecto a otra supuesta excepción al principio general mediante la que se atribuiría al Estado el comportamiento ilícito de un movimiento insurreccional sofocado, en caso de amnistía otorgada por ese Estado. Ciertos autores (como Berlia, Reuter, Ténékidès y Bronwlie) ven en el perdón de los insurrectos una especie de ratificación de sus actos por el Estado. Puede ocurrir, ciertamente, que al conceder la amnistía el Estado contravenga una obligación internacional de represión que hubiera debido observar, pero esto no quiere decir que haga suyos los actos de otro. En tal caso, sería esta falta la que determinaría su responsabilidad y no la acción cometida en su momento por los órganos del movimiento insurreccional [253].

«gobierno insurreccional» había sido reconocido como «potencia beligerante» y por tanto como un sujeto separado de derecho internacional, era a este último gobierno al que los Estados lesionados debían dirigir sus reclamaciones para obtener la reparación de los perjuicios sufridos. L. von Bar se expresaba en el mismo sentido («De la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas de troubles, d'émeute ou de guerre civile» *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 2.ª serie, tomo I, N.º 4, 1899, pág. 475). Incluso los autores que apoyaron la propuesta de que, en ciertos casos, se considerase al Estado responsable de los hechos de los insurgentes excluyeron la responsabilidad del Estado si éste había reconocido a los insurgentes como «beligerantes». Véase, por ejemplo, A. Rougier, *Les guerres civiles et le droit des gens*, París, Larose, 1903, pág. 462.

[247] Por ejemplo: H. Arias, *loc. cit.*, págs. 724 y ss.; K. Strupp, «Responsabilité internationale de l'Etat...» *(loc. cit.)*, págs. 133 y ss.; L. A. Podestá Costa, *loc. cit.*, págs. 220 y 221; J. Spiropoulos, *Die de facto-Regierung im Völkerrecht (Beitrage zur Reform und Kodifikation des Völkerrechts*, N.º 2), Kiel, Verlag des Instituts für Internationale Recht an der Universität Kiel, 1926, págs. 180 y ss.; J. W. Garner, *loc. cit.*, págs. 58 y ss.; G. Berlia, «La guerre civile et la responsabilité internationale de l'Etat», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XI, N.º 1 (enero-febrero de 1937), págs. 55 y ss.; Ch. Rousseau, «La non-intervention en Espagne», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XIX, N.º 2, 1938, págs. 275 y ss.; H. Silvanie, «Responsibility of States for acts of insurgent governments», *American Journal of International Law*, Wáshington (D.C.), vol. 33, N.º 1 (enero de 1939), págs. 90 y ss., y *Responsibility of States for Acts of Unsuccessful Insurgent Governments*, Nueva York, Columbia University Press, 1939, págs. 135 y ss., y 159 y ss.; M. Akehurst, «State responsibility for the wrongful acts of rebels—An aspect of the Southern Rhodesian problem», *The British Year Book of International Law, 1968-1969*, Londres, vol. 43, 1970, págs. 49 y ss.

[248] Por ejemplo: E. M. Borchard, *op. cit.*, págs. 228 y ss.; P. Schoen, *loc. cit.*, pág. 78; A. Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, págs. 158 y ss.; M. G. Guerrero, «La responsabilité internationale des Etats dans les faits et dans sa règle», Acedémie diplomatique internationale, *Dictionnaire diplomatique*, París [s.d.], vol. II, págs. 567 y ss.; L. Strisower, *loc. cit.*, págs. 481 y ss., C. Eagleton, *The Responsibility of States... (op. cit.)*, págs. 138 y ss., V. M. Maúrtua y J. B. Scott, *op. cit.*, págs. 55 y ss., P. Reuter, *loc. cit.*, págs. 93 y 94; H. Accioly, *loc. cit.*, págs. 395 y ss.; I. von Münch, *op. cit.*, pág. 232, C. F. Amerasinghe, *loc. cit.*, págs. 127 y 128, E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, págs. 562 y ss.; G. Ténékidès, *loc. cit.*, pág. 788; P. Kuris, *op. cit.*, págs. 202 y ss.

[249] Por ejemplo, H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, University Press, 1947, págs. 247 y ss.; B. Chen, *The International Law of Recognition*, Nueva York, Praeger, 1951, págs. 327 y ss.

[250] Por ejemplo: C. C. Hyde, *International Law chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2.ª ed. rev., Boston, Little Brown, 1951, vol. 2, págs. 979 y ss.; Ch. Fenwick, *op. cit.*, págs. 284 y ss.; G. Schwarzenberger, *op. cit.*, págs. 629 y 630; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, págs. 373 y ss.; L. Cavaré, *op. cit.*, págs. 458 y ss.; D. P. O'Connell, *International Law*, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1970, vol. II, págs. 969 y ss.; G. Von Glahn, *Law among Nations: An Introduction to Public International Law*, 2.ª ed., Londres, MacMillan, 1970, págs. 242 y ss.

[251] Sin embargo, hay otros autores como D. P. O'Connell (*op. cit.*, págs. 969 y 970) y E. Castrén («Civil War», *Annales Academiae Scientiarum Fennicae*, serie B, t. 142, fasc. 2, Helsinki Suomalainen Tiedeakatemia, 1966, pág. 232), que desearían *de jure condendo* que se tenga siempre al Estado por responsable, una vez terminada la revolución, de los hechos de los insurrectos que obren en nombre de un gobierno local *de facto*.

[252] Spiropoulos, como antes Schoen y Strupp, se inclina a ver en el reconocimiento del «gobierno insurreccional como parte beligerante» una liberación para el gobierno legítimo de toda responsabilidad, incluso en caso de negligencia ilícita. Pero no se acierta a ver por qué el Estado, que responde indudablemente de la falta ilícita de protección contra el comportamiento de órganos de otro Estado, dejaría de ser el responsable cuando se trata del comportamiento de un movimiento insurreccional.

[253] Esta observación no implica necesariamente consecuencias en cuanto a la determinación de la cuantía de la indemnización que puede exigirse al Estado como reparación de la falta que se le reprocha.

27) Por lo que hace a los proyectos de codificación, el artículo 7 de la resolución aprobada en 1927 en Lausana por el Instituto de Derecho Internacional se refería a los daños causados en caso de motines, revueltas, insurrecciones o guerra civil y la responsabilidad del Estado se reconocía en los casos de falta de diligencia en la prevención o represión de los actos lesivos [254]. El proyecto preparado en 1930 por la Asociación Alemana de Derecho Internacional se distinguía por el papel de factor decisivo que se atribuía al reconocimiento del movimiento insurreccional como parte beligerante [255]. Los dos proyectos preparados por la Harvard Law School se caracterizaban, en cambio, por la introducción de la distinción entre la hipótesis de una revolución abortada y la de una revolución victoriosa [256]. Entre los proyectos emanados de fuentes oficiales, los dos textos preparados por el Comité Jurídico Interamericano, es decir, el que expresaba la opinión de los países latinoamericanos (art. V) y el que exponía la de los Estados Unidos de América (art. VI), seguían uno y otro, en materia de actos lesivos cometidos por insurrectos, los criterios adoptados en materia de actos perjudiciales cometidos por particulares [257]. En cuanto a los proyectos preparados bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones o de las Naciones Unidas, el «informe Guerrero» de 1926 seguía también, en el punto 8 de sus conclusiones, los criterios formulados en el punto 5 a propósito de los actos de particulares, pero en el punto 9 introducía una reserva con respecto a los decomisos y confiscaciones hechos por revolucionarios, obligando al Estado a poner a disposición de los extranjeros lesionados los recursos necesarios [258]. Por otra parte, se ha citado ya el texto de las bases de discusión N.os 22 y 22 *a* preparadas por el Comité Preparatorio de la Conferencia. Finalmente, la cuestión fue tratada igualmente por García Amador en los proyectos preparados en 1957 y 1961 para la Comisión de Derecho Internacional [259].

28) Como se ha señalado, desde el comienzo del presente comentario, el comportamiento perjudicial que emana de órganos de un movimiento insurreccional se distingue del de los individuos o grupos de individuos en el curso de un motín o de una manifestación de una muchedumbre soliviantada. Ello obedece a que cuando se está en presencia de un verdadero movimiento insurreccional, en el sentido que se da a este término en derecho internacional, existe la posibilidad de que ese mismo movimiento sea considerado responsable de los actos ilícitos de sus órganos. No obstante las dificultades con que se tropieza a veces en las gestiones de este tipo, a veces los Estados han dirigido efectivamente reclamaciones al movimiento insurreccional por los daños causados a ellos o a sus nacionales por órganos de tal movimiento [260]. Cabe citar ejemplos antiguos de reclamaciones de este tipo. Así, en la nota de 26 de noviembre de 1861 del Secretario de Estado británico para los Asuntos Exteriores, conde Russel, al Sr. Adams, Embajador de los Estados Unidos de América, se justifica la necesidad de las relaciones que la Gran Bretaña mantenía con los confederados en los siguientes términos:

> El Gobierno de Su Majestad considera como un principio cierto de derecho internacional, cuando la persona o los bienes de súbditos o de ciudadanos de un Estado sufren un perjuicio por parte de un gobierno *de facto*, el derecho del Estado así lesionado a reclamar del Gobierno *de facto* la reparación del daño y la indemnización [261].

El 9 de abril de 1914, los miembros de la tripulación del barco norteamericano *Dolphin*, anclado en Tampico (México), fueron detenidos por una banda armada del general de la Huerta, jefe del Gobierno, que temporalmente detentaba el poder. El 11 de abril, el comandante de la escuadra norteamericana pidió a las autoridades de ese Gobierno diversas formas de reparación. El Departamento de Estado apoyó esas reclamaciones en instrucciones enviadas, el 14 de abril, al Encargado de negocios de los Estados Unidos de México. Como el general de la Huerta no dio satisfacción, las fuerzas norteamericanas procedieron, el 21 de abril, a la ocupación de Veracruz [262]. Más recientemente, el Gobierno británico presentó en tres ocasiones, durante la guerra civil española, reclamaciones al Gobierno nacionalista entonces instalado en Burgos o en Salamanca. Esto ocurrió tras la pérdida del destructor *Hunter*, que explotó el 13 de mayo de 1937 al estallar una mina colocada por los nacionalistas a cuatro millas a la altura de Almería, después de la destrucción del vapor *Alcyra*, hundido el 4 de febrero de 1938, a 20 millas de Barcelona, por dos hidroaviones de la base nacionalista de Mallorca y después del ataque del buque de carga británico *Stanwell* por un avión nacionalista, el 15 de marzo de 1938, en el puerto de Tarragona. En los tres casos, se presentó una demanda formal de reparación a las autoridades nacionalistas [263].

[254] *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, apéndice 8.

[255] *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 156, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII.

[256] *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 225, A/CN.4/96, apéndice 9; y *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 152, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII.

[257] *Anuario... 1969*, págs. 160 y 161, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexos XIV y XV.

[258] *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 219, documento A/CN.4/96, apéndice 1.

[259] Artículo 11 del anteproyecto de 1957 (*Anuario... 1957*, vol. II, pág. 140, documento A/CN.4/106, apéndice) y el artículo 7, párrafo 1, del anteproyecto revisado de 1961 (*Anuario... 1961*, vol. II, pág. 52, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición). El párrafo 1 del artículo 7 del texto de 1961 dice lo siguiente:

> «El Estado es responsable de los daños causados al extranjero por hechos ilegales de los particulares, cometidos aisladamente o en disturbios internos (motín, violencia de las turbas o guerra civil) si las autoridades han mostrado una negligencia notoria en la adopción de medidas que, atendidas las circunstancias, se toman normalmente para evitar la ocurrencia de tales hechos».

[260] Eso supone, manifiestamente, una prueba más de la convicción de los Estados reclamantes de la imposibilidad de atribuir al gobierno «legítimo» el comportamiento perjudicial de que se trata.

[261] Moore, *A Digest... (op. cit.)*, vol. I, pág. 209.

[262] Hackworth, *op. cit.*, 1941, vol. II, págs. 420 y 421.

[263] Estos casos se relatan en el artículo de Ch. Rousseau: «La non-intervention en Espagne» *(loc. cit.)*, págs. 277 y 278. El autor recuerda también que la Junta de Defensa Nacional de Burgos aceptó una reclamación portuguesa por hechos anteriores a la ocupación por las fuerzas nacionalistas de la zona que había sido teatro de ellos (*ibid.*, págs. 278 y ss.), pero esto más bien como «sucesor» del Gobierno de la República española. Véase también la posición adoptada por el Gobierno de los Estados Unidos de América cuando se produjo el ataque al buque estadounidense *Kane* (Hackworth, *op. cit.*, 1940, vol. I, págs. 362 y 363, *ibid.*, 1943, vol. VII, págs. 172 y 173).

29) En lo que se refiere a la formulación de la norma que debe figurar en el presente artículo, la Comisión, habida cuenta de las consideraciones precedentes, decidió consagrar en el *párrafo 1* el principio básico de la no atribución al Estado del comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional establecido en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio bajo su administración. La expresión «o en cualquier otro territorio bajo su administración» se ha insertado para tener en cuenta el régimen jurídico de los territorios dependientes, que hoy no pueden considerarse, sin abuso del lenguaje, como «territorio del Estado». Se ha optado por la expresión «movimiento insurreccional establecido en el territorio...» por ser la que mejor subraya que el comportamiento del órgano del movimiento insurreccional no puede atribuirse al Estado territorial y ello independientemente de la cuestión de si ese Estado es o no el Estado contra el cual o contra el gobierno del cual está dirigido el movimiento. Se tiene así en cuenta el caso en que el movimiento insurreccional opera en un tercer Estado o a partir de un tercer Estado. La hipótesis a que se refiere el artículo 14 es evidentemente aquella en que el órgano del movimiento insurreccional de que se trata actúa en calidad de órgano. La Comisión, sin embargo, no ha juzgado necesario puntualizarlo en el texto del artículo, ya que este último está redactado en forma negativa. La conclusión de la no atribución al Estado valdría también evidentemente —en virtud del artículo 11— para los hechos que un órgano de un movimiento insurreccional cometa con carácter particular.

30) Para evitar todo equívoco respecto a la falta eventual por un Estado a sus propias obligaciones internacionales, el *párrafo 2* del artículo enuncia, en forma de una cláusula de salvaguardia, que el principio de la no atribución al Estado del comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional se entiende sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier comportamiento que, hallándose relacionado con el órgano del movimiento insurreccional, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10 del proyecto. Es de señalar que al hacer una remisión a estos artículos del proyecto, la fórmula adoptada abarca todos los casos en que un hecho puede considerarse «hecho del Estado» según el derecho internacional, y comprometer eventualmente su responsabilidad internacional, y no solamente los casos en que el autor del comportamiento es un órgano del Estado desde el punto de vista de su derecho interno.

31) Finalmente, el *párrafo 3* del artículo contiene una segunda cláusula de salvaguardia relativa al movimiento insurreccional mismo. En virtud de esta cláusula, la no atribución al Estado del comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional se entiende sin perjuicio de la atribución del comportamiento del órgano del movimiento insurreccional a este movimiento. El objeto de esta cláusula no es regular por sí misma los problemas de atribución que se plantean a este respecto, sino prever, habida cuenta de la práctica internacional, la posibilidad de tal atribución remitiendo, para la solución de estos problemas, a los principios de derecho internacional en la materia. Precisamente para no prejuzgar estas soluciones la Comisión ha preferido la fórmula «en todos los casos en que tal atribución pueda hacerse según el derecho internacional» a otras expresiones que se habían sugerido en el curso del debate, tales como «dotado de una personalidad independiente (o propia)»; «dotado de una personalidad reconocida»; «si controla una parte del Estado de que se trata»; o incluso «cuyo estatuto internacional sea aplicable a las relaciones de que se trata». La utilización de una cualquiera de estas expresiones habría podido dar a entender que la Comisión se proponía, con ello, tomar partido sobre problemas que, como ya se ha indicado [264], no pertenecen a la materia objeto del presente proyecto de codificación.

Artículo 15.—Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado

1. El hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado se considerará hecho de ese Estado. No obstante, tal atribución se entenderá sin perjuicio de la atribución a ese Estado de un comportamiento que antes hubiera sido considerado hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

2. El hecho de un movimiento insurreccional cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado en una parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio bajo su administración se considerará hecho de ese nuevo Estado.

Comentario

1) Este artículo se refiere a un comportamiento que, cuando tuvo lugar, emanaba de órganos de un movimiento insurreccional en lucha contra la autoridad constituida. Dispone que si tal movimiento se convierte luego en el nuevo gobierno del Estado contra cuya autoridad se sublevó, o en el gobierno de un nuevo Estado que se ha independizado del primero, tal comportamiento se considerará hecho de esos Estados. Conviene, pues, destacar que los problemas de atribución a que se refiere el presente artículo sólo se plantean en caso de que el movimiento insurreccional, habiendo salido triunfante, haya sustituido con sus propias estructuras las del anterior gobierno del Estado de que se trate, o de que las estructuras del movimiento insurreccional hayan pasado a ser las de un nuevo Estado constituido, por secesión o descolonización, en una parte del territorio anteriormente sujeto a la soberanía o a la administración del Estado preexistente.

2) Para justificar la atribución al Estado, como fuente eventual de responsabilidad, de los hechos cometidos por insurgentes que luego han conseguido triunfar, se aduce a veces el hecho de que, ya durante la lucha, los insurrectos ejercían una autoridad de «gobierno de hecho» al menos sobre una parte del territorio del Estado. Pero, en la práctica, no se establece distinción alguna, a efectos de su atribución al Estado, entre los actos de órganos del movimiento insurreccional según que hayan

[264] Véanse párrs. 5 a 7 *supra*.

tenido lugar antes o después de la adquisición por el movimiento de un poder efectivo sobre una región determinada. Al mismo tiempo, como se ha visto, los hechos de los insurrectos no se consideran hechos del Estado cuando el resultado final de la guerra civil les ha sido desfavorable, aunque en un momento dado hayan llegado a ejercer una autoridad *de facto* sobre una porción cualquiera del territorio estatal; lo que demuestra que la atribución o no atribución al Estado de los hechos de los insurrectos es completamente independiente del ejercicio por éstos de una autoridad de hecho. Se ha aducido también la idea de que, cuando la acción de los insurrectos se viera coronada por el éxito, habría de considerarse que éstos representaban la verdadera voluntad nacional desde el instante mismo de su sublevación contra la autoridad constituida. No obstante, el concepto mismo de «voluntad nacional» debe ser mirado con cautela, sin contar con que, en general, al derecho internacional le preocupa poco saber si un gobierno determinado es o no el representante de la «verdadera» voluntad nacional. Aparte de eso, es difícil sostener que la suerte de las armas debería, como un juicio de Dios, establecer retrospectivamente que los vencedores eran, desde el principio de la guerra civil, más representativos de la verdadera voluntad nacional que los vencidos. Además, la idea de que el movimiento insurreccional que luego ha obtenido la victoria era desde sus comienzos el «verdadero» gobierno del Estado, porque encarnaba la «verdadera» voluntad nacional, tendría por consecuencia que sólo los hechos de los órganos de este movimiento pudiesen considerarse después hechos del Estado. Ahora bien, esto viene a ser claramente desmentido por la práctica que, como se verá, también tiene al Estado por responsable de los hechos cometidos, durante la lucha, por el gobierno derrocado por los insurrectos.

3) A decir verdad, no se trata precisamente de hallar una justificación para la atribución al Estado, como fuente eventual de responsabilidad internacional, de los comportamientos observados por los órganos de un movimiento insurreccional antes de que éste se haya hecho con el poder. Lo que importa es comprobar si esta atribución se hace o no efectivamente en las relaciones internacionales. Pero si se quiere a toda costa hallar una justificación de principio a tal atribución, habrá que buscarla, más bien, en el hecho de que existe una continuidad entre la organización que el movimiento insurreccional se había dado antes de lograr el poder y la organización que, después del triunfo de su causa, ha dotado al gobierno del Estado preexistente o del nuevo Estado que se ha separado de aquél. Y, por lo demás, la existencia de tal continuidad es lo que justifica que se inquiera si es posible o no atribuir al Estado de que se trate, como fuente eventual de una responsabilidad internacional a su cargo, los comportamientos observados por órganos del movimiento insurreccional antes de haber salido victorioso en la guerra civil. Dicho esto, conviene precisar que la cuestión no se plantea del mismo modo en las dos hipótesis anteriormente formuladas.

4) En la primera hipótesis, el movimiento insurreccional sustituye, como nuevo gobierno o nuevo régimen, al gobierno o al régimen anterior del Estado. La organización dirigente del movimiento insurreccional toma el poder en el Estado y pasa a ser su organización dirigente, o al menos se integra, en una u otra forma, en la organización precedente del Estado. La continuidad que existe así entre la nueva organización del Estado y la del movimiento insurreccional lleva naturalmente consigo la atribución al Estado del comportamiento que los órganos del movimiento insurreccional hayan podido observar durante la lucha, sin por ello desviarse de los principios generalmente aplicados.

5) En esta hipótesis, el Estado como sujeto de derecho internacional no se extingue. Su identidad es la misma, sin que haya solución de continuidad, a pesar de los cambios, las reorganizaciones y las adaptaciones que se produzcan en las instituciones del Estado. Ello implica la necesidad de seguir atribuyendo al Estado, tras el triunfo del movimiento insurreccional, el comportamiento precedentemente observado por órganos del aparato estatal preexistente. En tal situación, el Estado deberá por tanto responder de los hechos cometidos durante la lucha por el poder, tanto por el aparato del movimiento insurreccional como por el aparato del gobierno constituido. No hay en ello nada sorprendente. Durante la lucha insurreccional, dos organizaciones se oponen y se combaten con miras a la victoria final. Cada una de ellas se considera organización del Estado; al principio, la una *in acto* y la otra en potencia. Cuando la lucha termina con el triunfo de los insurgentes que se instalan en el gobierno del Estado preexistente, hay una integración de la organización del movimiento insurreccional dentro del marco de la organización estatal. El aparato estatal resultante es en realidad la continuación tanto de una como de la otra organización que se enfrentaron durante la lucha. Es por tanto lógico que se atribuya al Estado el comportamiento de los órganos de su organización precedente y el de los órganos de la organización que maduró en la insurrección y pasó luego a ser la organización del propio Estado. Conviene añadir que esta conclusión se justifica tanto en la hipótesis de una victoria total del movimiento insurreccional, que modifica entonces a su antojo el aparato estatal, como en la hipótesis de un acuerdo entre el gobierno constituido y el gobierno insurreccional, acuerdo en virtud del cual los insurrectos son llamados a participar en el gobierno del Estado [265].

6) En la segunda hipótesis, el triunfo del movimiento insurreccional da lugar a la creación de un nuevo Estado ya sea en una parte del territorio del Estado preexistente, ya sea en un territorio anteriormente sujeto a la administración de éste. En tal caso, la atribución al nuevo Estado del comportamiento observado por los órganos del movimiento insurreccional que lo ha precedido, y sólo de ese comportamiento, se justifica en virtud de la continuidad entre la organización del movimiento

[265] Sólo en el caso de que la lucha termine con la victoria de la autoridad preexistente, la organización insurreccional desaparecerá y no subsistirá más que el aparato establecido. Es entonces lógico que sólo se atribuyan al Estado los comportamientos de los órganos de ese aparato que continúa y no los comportamientos de los órganos de un movimiento que ha desaparecido sin haber llegado jamás a constituir la organización *in acto* del Estado o, por lo menos, a participar en ésta.

insurreccional y la del Estado al que éste dio nacimiento. El movimiento insurreccional que empezó como simple embrión de Estado, ha pasado a ser un Estado propiamente dicho, sin que se produzca por ello entre ambos una solución de continuidad. De hecho, es la misma entidad que se presentaba anteriormente como movimiento insurreccional y se presenta luego como Estado propiamente dicho. En cambio, el comportamiento de los órganos del Estado preexistente no puede en forma alguna atribuirse al nuevo Estado que se ha separado de aquél por secesión o por descolonización: es y seguirá siendo exclusivamente comportamiento del Estado preexistente que, por regla general, seguirá existiendo tras la constitución, por el movimiento insurreccional, del nuevo Estado.

7) Se ha sostenido a veces que en algunos casos pertenecientes a la primera de las dos hipótesis antes analizadas, especialmente en el caso de ciertas revoluciones sociales de gran importancia, la modificación introducida en el aparato del Estado por el movimiento insurreccional a raíz de su triunfo podría ser de tal magnitud que resultase modificada la identidad del propio Estado [266]. Pero estos casos, incluso en opinión de quienes sostienen tal tesis, son más bien excepcionales [267]. Por otra parte, al evaluar la situación que caracteriza a esos casos, a veces se anteponen consideraciones de orden político y filosófico a las consideraciones de orden estrictamente jurídico. De todos modos, esos casos revisten carácter más bien marginal en relación con lo que ocurre normalmente, en el plano internacional, en la práctica de los Estados. La Comisión ha tenido ya ocasión de manifestarse a este respecto en la introducción a su proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados [268]. En lo que respecta a los problemas aquí tratados, debe subrayarse que, incluso si se produjera un cambio en la identidad del Estado, el nuevo Estado se presentaría, en el plano internacional, como la continuación en una forma más estable y más perfeccionada del movimiento insurreccional, cuya organización se ha convertido en la de ese nuevo Estado. Sería natural atribuir a tal Estado, como fuente eventual de una responsabilidad internacional, los comportamientos atribuidos anteriormente al movimiento insurreccional, por cuanto eran los de sus órganos. El nexo de continuidad entre el movimiento insurreccional y el nuevo Estado nacido de la revolución sería todavía más evidente que en el caso normal en que el levantamiento insurreccional sólo hubiera conducido a un cambio de gobierno sin afectar a la identidad del Estado. La validez del principio básico enunciado en el presente artículo quedaría, por tanto, plenamente confirmada. Sólo en lo que respecta a la posibilidad de atribuir al Estado los comportamientos observados por órganos del antiguo aparato gubernamental podrían extraerse conclusiones diferentes de las que se mencionan en el párrafo 5 del presente comentario. En realidad, este segundo aspecto del problema debería considerarse, en tal caso, desde un punto de vista distinto. No se trataría ya de una cuestión de atribución al Estado del comportamiento de órganos de un gobierno precedente del mismo Estado, sino de una cuestión que supone la existencia de dos Estados distintos.

8) Prescindiendo de esta hipótesis particular, es evidente, por el contrario, que siempre que la identidad del Estado y la continuidad de su existencia no hayan sido puestas en tela de juicio por el triunfo definitivo del movimiento insurreccional, no se plantea cuestión alguna de sucesión entre sujetos diferentes de derecho internacional. Como ya se ha mostrado, si se atribuyen al Estado los hechos cometidos por agentes del movimiento insurreccional antes de que este último se instale en el poder, es porque hay continuidad entre el aparato del movimiento insurreccional y el nuevo aparato gubernamental del Estado, y no sucesión del sujeto Estado respecto del sujeto movimiento insurreccional [269]. En cualquier caso, esto se desprende del hecho de que la cuestión se plantea de la misma manera tanto en los casos en que el movimiento insurreccional ha constituido, en un momento dado de la lucha, una entidad a la que puede atribuirse como tal una responsabilidad internacional, como en el caso en que no ha pasado por esta fase «intermedia». Ahora bien, es difícilmente concebible que pueda hablarse de sucesión de un sujeto de derecho internacional en las obligaciones de otro sujeto en caso de que los insurrectos no hayan constituido un movimiento dotado de personalidad internacional propia. Hay que puntualizar también que el artículo que se comenta sólo se refiere a la atribución de determinados hechos al Estado. En modo alguno tiene por objeto definir al mismo tiempo la responsabilidad internacional que podría eventualmente dimanar de esa atribución ni fijar la cuantía de la reparación debida.

9) En algunas decisiones de jurisprudencia internacional se reconoce expresamente el principio de la responsabilidad internacional del Estado por los actos cometidos durante la guerra civil por agentes de un movimiento insurreccional que después resulta triunfante. Las declaraciones a este respecto son menos numerosas que las que se han podido encontrar a propósito de las cuestiones examinadas en el artículo anterior [270], pero esto se explica precisamente por el hecho de que no existe ninguna divergencia de opiniones, ninguna duda, en cuanto a la validez del principio de que se trata. Las declaraciones

[266] Véase, por ejemplo, R. Quadri, «Stato (Diritto internazionale)», *Nuovo Digesto Italiano*, Turín, vol. XII, 1.ª parte, 1940, págs. 815 y 816, y *Diritto internazionale pubblico (op. cit.)*, págs. 500 y ss.; M. Giuliano, *La comunità internazionale e il diritto*, Padua, CEDAM, 1950, págs. 248 y 290; G. Arangio-Ruiz, *Sulla dinamica... (op. cit.)*, págs. 19 y 131 y ss., y «Stati e altri enti...» *(loc. cit.)*, pág. 167. Este último autor emplea el término «revolución» para describir el caso en que la identidad surgida del cambio presenta, en relación con la entidad preexistente, caracteres diferenciales tan marcados que es preciso admitir su «novedad».

[267] G. Arangio-Ruiz, «Stati e altri enti...» *(loc. cit.)*, pág. 167, señala que en la hipótesis más corriente no se produce la extinción de la personalidad preexistente sino únicamente modificaciones «materiales» de ésta.

[268] *Anuario... 1974*, vol II (primera parte), págs. 170 y 171, documento A/9610/Rev.1, párr. 66.

[269] Por consiguiente, no parece del todo exacto referirse a estas hipótesis como si fueran casos de responsabilidad del Estado «por hechos ilícitos de un movimiento insurreccional».

[270] En cambio, se encuentran muchos fallos arbitrales que han calificado de hechos del Estado a actos lícitos realizados durante la guerra civil por los insurrectos victoriosos: en especial, en materia de contratos. Pero, por lo general, no se encuentran tales fallos en apoyo del principio de la responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de tales insurrectos.

más interesantes se encuentran en ciertas decisiones de las comisiones mixtas instituidas para Venezuela en 1903 y para México en 1920-1930, dictadas a propósito de diferencias ocasionadas por perjuicios causados a nacionales extranjeros durante acontecimientos revolucionarios ocurridos en esos países.

10) En el marco de los «arbitrajes venezolanos», la declaración de principio más conocida es la que figura en el fallo sobre el *Asunto de la Bolivar Railway Company*, redactado por el superárbitro Plumley para la Comisión Mixta Gran Bretaña/Venezuela de 1903. En dicho fallo, el principio aludido se afirma en los siguientes términos:

> El Estado es responsable de las obligaciones de una revolución victoriosa, y ello desde sus comienzos, pues, en teoría, la revolución representa *ab initio* un cambio de la voluntad nacional cristalizado en el resultado final favorable [271].

El principio de la atribución al Estado de los actos de los movimientos insurreccionales triunfantes, afirmado en dicho fallo, fue aplicado por el mismo superárbitro en el laudo relativo al *Asunto de la Puerto Cabello y Valencia Railway Company* [272], en el que el objeto del litigio era precisamente los daños ocasionados a extranjeros por actos ilícitos de insurgentes, y, para la Comisión Mixta Francia/Venezuela de 1902, en el laudo dictado en el *Asunto de la French Company of Venezuelan Railroads* [273]. Se afirma en este último el principio de la imposibilidad de achacar el Estado los actos de revolucionarios «a menos que la revolución haya triunfado», pues tales actos dan lugar entonces a la responsabilidad del Estado «de conformidad con las normas reconocidas de derecho público».

En los motivos del laudo concerniente al *Asunto Dix*, redactado por el comisario americano Bainbridge en nombre de la Comisión Mixta Estados Unidos de América/Venezuela, instituida en virtud del Protocolo de 17 de febrero de 1903, se dice lo siguiente:

> La revolución de 1899 [...] resultó victoriosa y sus actos, según una regla bien establecida de derecho internacional, deben considerarse actos de un gobierno *de facto*. Sus órganos administrativos y militares actuaron en ejecución de la política de este gobierno, bajo el control de su poder ejecutivo. Las transgresiones de los derechos de los países neutrales cometidas por gobiernos revolucionarios triunfantes dan lugar a la misma responsabilidad que las cometidas por cualquier otro gobierno *de facto* [274].

11) En el marco de los «arbitrajes mexicanos», conviene señalar en primer lugar el laudo relativo al *Asunto Pinson*, dictado el 19 de octubre de 1928 por la Comisión de reclamaciones Francia/México de 1924, en el que el Presidente de la Comisión, Verzijl, autor del laudo, resolvió que

> [...] si los daños emanan, por ejemplo, de requisas o contribuciones forzosas exigidas [...] por los revolucionarios antes de su triunfo definitivo, o si han sido ocasionados [...] por delitos cometidos por las fuerzas revolucionarias triunfantes, no cabe, en mi opinión, negar la responsabilidad del Estado [275].

La responsabilidad del Estado por hechos de insurgentes triunfantes también fue afirmada por Nielsen en dos opiniones emitidas, en calidad de comisario americano, en la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América/México, creada por la Convención de 8 de septiembre de 1923, y en la Comisión especial de reclamaciones, instituida en virtud de la Convención de 10 de septiembre del mismo año, respectivamente. En la primera opinón, disidente, refiriéndose al fallo relativo al *Asunto Pomeroy's El Paso Transfer Company* (dictada el 8 de octubre de 1930 por la Comisión general), Nielsen subraya que «en varias ocasiones, los tribunales internacionales han considerado un gobierno responsable de actos de revolucionarios triunfantes» [276]. En la segunda, refiriéndose al laudo relativo al *Asunto Russel* (fallado el 24 de abril de 1931 por la Comisión especial), Nielsen sostiene explícitamente que, según el derecho internacional general, «un gobierno es responsable de los actos de revolucionarios triunfantes» [277]. En ambos casos, por otra parte, los demás miembros de la Comisión no defendieron en absoluto un principio diferente. Se abstuvieron simplemente de abordar la cuestión, por no considerarla pertinente para la solución de los asuntos examinados.

12) El análisis de la práctica de los Estados muestra que, con respecto a este problema, los gobiernos han adoptado una posición análoga a la de los árbitros encargados de fallar sobre ciertas reclamaciones. Por ejemplo, en un dictamen relativo a la posibilidad de obtener reparación por los daños causados a súbditos británicos, emitido el 21 de octubre de 1861 por los asesores de la Corona británica, es decir, al comienzo mismo de la guerra civil en los Estados Unidos de América, se dice lo siguiente:

> En caso de que la parte cuyos oficiales o soldados hubieran ocasionado tales pérdidas o destrucciones, o bajo cuya autoridad éstas se hubieran infligido, consiguiese llegar al poder y fuese reconocida por el Gobierno de Su Majestad como gobierno soberano, Su Majestad podría exigir la indemnización de tales pérdidas y perjuicios [278].

Más tarde, en plena guerra de Secesión, los asesores de la Corona consideraron, en un dictamen emitido el 16 de febrero de 1863, la posibilidad de que los Confederados alcanzasen sus objetivos separatistas y afirmaran su soberanía en los territorios del sur, constituyendo

---

[271] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 59.V.5), pág. 453 [traducción del original inglés]. En este caso particular, se trataba, a decir verdad, de la atribución al Estado, no de un hecho internacionalmente ilícito, sino de un hecho lícito, de una deuda contraída por los insurgentes. Sin embargo, el principio enunciado por el superárbitro está formulado en términos que también se acomodan a la hipótesis de la atribución al Estado de un hecho ilícito. Es preciso añadir que, si bien el principio enunciado es correcto y no se presta a discusión, la justificación aducida por el superárbitro en apoyo de la solución adoptada lo es mucho menos y ha sido vivamente criticada por ciertos autores.

[272] *Ibid*, pág. 513.

[273] *Ibid.*, vol. X (N.º de venta: 60.V.4), pág. 354.

[274] *Ibid.*, vol. IX (N.º de venta: 59.V.5), pág. 120 [traducción del original inglés]. Hay que advertir a este respecto que, como justificación del principio que se aplica, se aduce el hecho de que en el momento en que esos órganos ocasionaron los daños el movimiento insurreccional ya ejercía la autoridad de un gobierno *de facto*. Véanse también a este respecto los motivos de la decisión relativa al Asunto Henry, redactada por el superárbitro Barge (*ibid.*, pág. 133).

[275] *Ibid.*, vol. V (N.º de venta: 1952.V.3), pág. 353 [traducción del original inglés].

[276] *Ibid.*, vol. IV (N.º de venta: 1951.V.1), pág. 563 [traducción del original inglés].

[277] *Ibid.*, pág. 831 [traducción del original inglés].

[278] McNair, *op. cit.*, pág. 255.

en ellos un Estado independiente de la Unión. La hipótesis formulada era, en ese caso, la de la formación de un nuevo Estado por secesión del Estado preexistente. Refiriéndose a esta hipótesis concreta, los asesores de la Corona británica señalaron que

> En caso de que terminara la guerra y de que los Estados confederados establecieran su autoridad tanto *de jure* como *de facto*, el Gobierno de Su Majestad podría reclamar el pago de una indemnización por las pérdidas ocasionadas durante la guerra [...] por las autoridades confederadas a súbditos de Su Majestad [279].

13) Durante los acontecimientos revolucionarios ocurridos en México después de la restauración de la república y que dieron lugar a la toma del poder por los insurrectos y, después, a la designación del general Porfirio Díaz para la Presidencia, el Secretario de Estado Evarts cursó, el 4 de abril de 1879, al ministro de los Estados Unidos en México, instrucciones en las que expresaba su convencimiento de que el Gobierno mexicano no rechazaría las reclamaciones de nacionales estadounidenses con motivo de los perjuicios sufridos durante la revolución por hechos cometidos por los insurgentes. Según el Secretario de Estado, la objeción habitual de que el Estado no es responsable de los hechos de un movimiento insurreccional «no se formularía en este caso, ya que los insurgentes se habían convertido en el gobierno legítimo» [280].

14) Se expresan luego una serie de opiniones interesantes en relación con la cuestión de la reparación de los perjuicios ocasionados a extranjeros en México, en 1910, primero por agentes del movimiento revolucionario de Francisco Madero y después por partidarios de tentativas de insurrección fracasadas contra el gobierno Madero. La distinción entre ambas situaciones aparece con gran nitidez en las notas enviadas por el ministro de Gran Bretaña en México [281] a su colega el embajador de los Estados Unidos de América, que no compartía la misma opinión. Sin embargo, el Departamento de Estado de los Estados Unidos adoptó un punto de vista análogo al sostenido por el representante diplomático británico y, en un telegrama dirigido a su embajador y firmado en nombre del Secretario de Estado, hizo el comentario siguiente:

> Teniendo en cuenta que la llamada revolución de Madero salió victoriosa, de ello se infiere que, según las normas generalmente aceptadas de derecho internacional, los demandantes que solicitaran una indemnización por los daños sufridos durante esta revolución se encontrarían, como grupo, en mejor situación jurídica que las personas cuyas reclamaciones dimanaran de una revolución fracasada.
>
> La afirmación que figura en sus notas al Ministerio de Relaciones Exteriores de México y al ministro británico, según la cual el Gobierno de los Estados Unidos no establece ninguna distinción entre ambas categorías de reclamaciones, ha sido manifiestamente hecha bajo su propia responsabilidad y sin instrucciones del Departamento. Probablemente tal afirmación se inspiraba en la idea de que las demandas ocasionadas por los últimos movimientos revolucionarios eran fundadas. Pero, por otra parte, podría interpretarse como una renuncia a acogerse a la norma que impone a los revolucionarios triunfantes la responsabilidad de sus actos. Por consiguiente, se servirá usted comunicar a las autoridades competentes que las afirmaciones que figuran en su nota de 21 de enero de 1913 se hicieron bajo su propia responsabilidad y que no pretendían en absoluto poner en tela de juicio las bases establecidas de la responsabilidad internacional. Dirigirá usted una comunicación análoga al ministro británico en relación con las afirmaciones contenidas en la carta que le envió el 27 de enero de 1913 [282].

15) La posibilidad de considerar al Estado responsable de los actos de los órganos de un movimiento insurreccional cuando la acción de éste se ha visto luego coronada por el éxito se expresaba de modo inequívoco en la petición de información sometida a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de 1930, bajo el epígrafe general del punto IX relativo al «daño causado a la persona o a los bienes de los extranjeros por participantes en una insurrección o motín, o por la multitud» [283]. En respuesta a la pregunta «¿cuál es la situación cuando una insurrección triunfa y el partido insurreccional, que ha causado el daño, toma el poder y se convierte en el Gobierno?» (apartado *c* del punto IX), diez Gobiernos [284] declararon inequívocamente que cuando el partido insurreccional, tras tomar el poder, se convierte en el Gobierno del Estado, éste debe ser considerado responsable de los perjuicios causados por los insurrectos durante la guerra civil a la persona o a los bienes de los extranjeros. Basándose en las respuestas recibidas el Comité Preparatorio de la Conferencia redactó la base de discusión N.º 22 *c* [285], pero la Conferencia tuvo que interrumpir sus trabajos antes de poder abordar su examen. Conviene señalar asimismo las respuestas de dos Gobiernos [286] que, en relación con un problema diferente del que se mencionaba en el cuestionario del Comité Preparatorio, afirmaron el principio de la responsabilidad del gobierno emanado de la revolución por los hechos ilícitos cometidos por órganos del gobierno precedente.

---

[279] *Ibid.*, pág. 257.

[280] Moore, *A Digest... (op. cit.)*, vol. VI, págs. 991 y 992. Argumentos análogos sirvieron de base a las demandas de reparación presentadas por los Estados Unidos de América a los gobiernos establecidos como consecuencia de revoluciones triunfantes en Honduras (Asunto Oteri, *ibid.*, págs. 992 y 993) y en el Perú (Asunto Fowks, *ibid.*, págs. 993 y 994).

[281] Véase, en especial, la nota de 28 de enero de 1913 [Estados Unidos de América, Departamento de Estado, *Papers relating to the Foreign Relations of the United States, 1913*, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1920, pág. 938]. En una de las notas canjeadas, el ministro de Gran Bretaña se refirió a las instrucciones enviadas por el Ministro de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña a las oficinas consulares británicas (*ibid.*, pág. 937).

[282] *Ibid.*, pág. 949 [traducción del original inglés].

[283] Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, págs. 108 y 116.

[284] Australia, Austria, Estados Unidos de América, Gran Bretaña, India, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Sudáfrica y Suiza [*ibid.*, págs. 116 y ss., y *Supplément au tome III (op. cit.)*, pág. 21). Las respuestas enviadas por otros tres Gobiernos (Checoslovaquia, Hungría y Países Bajos) son ambiguas y no se puede sacar de ellas conclusiones ciertas (Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, págs. 117 y 118). Otros dos países (Dinamarca y Finlandia) parecen pronunciarse por la responsabilidad del Estado en las circunstancias indicadas en el cuestionario; sin embargo, tampoco son claras (*ibid.*, pág. 117).

[285] «El Estado es responsable del daño causado a los extranjeros por un partido insurrecto que ha triunfado y ha pasado a ser el gobierno en las mismas condiciones en que respondería del daño causado por los actos del gobierno *de jure*, de sus funcionarios o de sus tropas.» [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, pág. 118, y *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 220, documento A/CN.4/96, apéndice 2.]

[286] Polonia y Canadá [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, pág. 118, y *Supplément au tome III (op. cit.)*, pág. 3].

16) El conjunto de las respuestas enviadas por los gobiernos a un cuestionario del Comité Preparatorio parece suficiente para confirmar la existencia ampliamente reconocida de un principio de derecho internacional general que prevé precisamente la atribución al Estado o al gobierno nacido de una revolución victoriosa de los hechos cometidos por los insurrectos en el curso de la lucha por el poder como fuente eventual de una responsabilidad internacional. Se conoce con menor precisión la práctica de los Estados en esta materia después de 1930. Pero nada hace pensar que haya habido un cambio con relación al principio generalmente aceptado en la época de la Conferencia de La Haya. Este principio ha sido recogido, por ejemplo, en una toma de posición reciente, a saber, en las instrucciones enviadas por el Departamento de Estado a la Embajada de los Estados Unidos de América en Cuba [287].

17) El principio de que es lícito atribuir a un gobierno surgido de una revolución victoriosa los hechos lesivos cometidos anteriormente por los dirigentes de la revolución se aplica también, como ya se ha mencionado, al caso de un gobierno de coalición que se forme en virtud de un acuerdo entre las autoridades «legítimas» y los jefes del movimiento insurreccional [288]. La guerra civil peruana, que terminó mediante el acuerdo firmado el 2 de diciembre de 1885 entre el general Iglesias, Jefe del Estado, y el general Cáceres, jefe del movimiento insurreccional, ofrece un ejemplo histórico a este respecto. En cumplimiento de ese acuerdo, se constituyó un gobierno provisional, integrado por representantes de ambas partes, y ese gobierno convocó a elecciones. El 3 de junio de 1886, el Congreso elegido mediante esa consulta popular proclamó Presidente de la República al general Cáceres. Después de estos acontecimientos, el Gobierno de los Estados Unidos presentó al Perú algunas reclamaciones por hechos cometidos durante la revolución por adeptos del movimiento insurreccional del general Cáceres. La primera de esas reclamaciones, que se refería a la requisa hecha en 1848 por las fuerzas insurgentes de una cierta cantidad de guano perteneciente a una sociedad estadounidense, se basaba en el hecho de que el guano requisado se había destinado a sostener una causa «transformada en causa nacional por la acción voluntaria del pueblo del Perú, puesto que su representante principal es ahora Jefe ejecutivo constitucional de la República, debidamente elegido y constituido» [289]. Una segunda reclamación, más significativa, concernía a los malos tratos infligidos en 1885 a un representante consular de los Estados Unidos. El Gobierno peruano rechazó primero la reclamación basándose en que los hechos deplorados habían sido perpetrados por un «jefe en armas contra el Gobierno reconocido a la sazón como legítimo por todas las naciones» y que no podía, por lo tanto, atribuirse responsabilidad al Estado peruano. El ministro de los Estados Unidos ante el Perú replicó que el Gobierno peruano en funciones era sucesor del Gobierno provisional de Iglesias y Cáceres y que, por consiguiente, era responsable de los hechos cometidos por los respectivos agentes de uno y otro. Después de esto, el Gobierno peruano abandonó su primer razonamiento y admitió que las medidas adoptadas contra el representante consular estadounidense emanaban de una «autoridad legítima» [290].

18) Los tratadistas de derecho internacional, conservando cada uno las particularidades de su propia concepción, están en principio de acuerdo en afirmar que el Estado cuyo gobierno sea expresión de un movimiento insurreccional triunfante debe responder de los hechos cometidos por los agentes de dicho movimiento en el curso de la lucha [291]. A estos efectos, no introducen distingos entre la hipótesis en que los insurgentes se consolidan como nuevo gobierno o nuevo régimen en la totalidad del territorio del Estado preexistente y la hipótesis en que, por el contrario, dan lugar a la formación de un nuevo Estado en una parte del territorio del Estado preexistente y, por tanto, separado de este último. En general, los internacionalistas también están generalmente de acuerdo en afirmar que, en la primera de esas dos hipótesis, el hecho de que se tenga al Estado por responsable de los hechos ilícitos cometidos por los insurgentes

[287] En dichas instrucciones se dice que «[...] un gobierno que ha pasado a ser gobierno legítimo de un Estado a raíz de una revolución victoriosa, tal como el actual Gobierno de Cuba [...], por regla general es responsable internacionalmente de los daños causados por actos cometidos por las fuerzas o por las autoridades tanto del gobierno precedente como de los revolucionarios —si esos actos no eran lícitos desde el punto de vista militar o no estaban autorizados por las normas del derecho de la guerra— tales como un perjuicio gratuito o innecesario ocasionado a personas o bienes, o un acto de pillaje. El gobierno de los revolucionarios victoriosos está obligado también al pago de los bienes requisados, ya sea por el gobierno anterior o por los revolucionarios» (M. Whiteman, *op. cit.*, pág. 819).

[288] No debe confundirse tal situación con la hipótesis en que un gobierno «legítimo», tras haber dominado la insurrección, concede una amnistía a los insurgentes. En tal caso, el único gobierno existente sigue siendo el gobierno «legítimo». Véase a este respecto el párrafo 26 del comentario al artículo 14.

[289] Moore, *A Digest... (op. cit.)*, pág. 992.

[290] Véanse en particular las notas dirigidas por Alzamora a Buck el 28 de agosto de 1888, por Buck a Alzamora el 3 de septiembre de 1888 y, nuevamente, por Alzamora a Buck el 6 de noviembre de 1888 (*ibid.*, págs. 985 y ss.). Aunque el Gobierno peruano continuó rechazando toda responsabilidad, lo hizo impugnando el carácter objetivamente ilícito de las medidas de que se trataba.

[291] Véase a este respecto, entre las obras que se ocupan concretamente de las insurrecciones, las guerras civiles y los gobiernos *de facto:* J. Goebel, *loc. cit.*, pág. 818; J. Spiropoulos, *op. cit.*, págs. 176 y 177; H. Silvanie, *loc. cit.*, págs. 78 y ss.; G. Berlia, *loc. cit.*, pág. 59; J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, París, Pédone, 1956, págs. 52 y 53; E. Castrén, *loc. cit.*, págs. 236 y ss.; J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Colinia, Heymann, 1968, págs. 85 y 86.

Véanse también las obras que tratan en general de la responsabilidad: Borchard, *op. cit.*, págs. 241 y 242; Strupp, «Das völkerrechtliche Delikt», *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kholhammer, 1920, t. III, 4.ª parte, págs. 91 y 92; A. Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, pág. 166; Eagleton, *The Responsibility of States (op. cit.)*, pág. 147; Maúrtua et Scott, *op. cit.*, págs. 57 y ss., Reuter, *loc. cit.*, págs. 94 y 95; Amerasinghe, *loc. cit.*, págs. 123 y ss.; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, págs. 563 y 564.

Por último, entre las obras de carácter general y los manuales de derecho internacional, véase: J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, Stanford (Calif.), Stanford University Press, 1926, págs. 343 y ss., C. C. Hyde, *International Law... (op. cit.)*, págs. 987 y 988; B. Cheng, *op. cit.*, págs. 190 y 191, Ch. Rousseau, *Droit international public*. París, Sire, 1953, pág. 380; G. Schwarzenberger, *op. cit.*, págs. 627 y ss., G. Dahm, *op. cit.*, pág. 202; W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1964, t. II, pág. 1020; I. Brownlis, *Principles... (op. cit.)*, pág. 375, L. Cavaré, *op. cit.*, págs. 547 y 548, D. P. O'Connell, *op. cit.*, pág. 968; G. von Glahn, *op. cit.*, pág. 245.

durante la revolución no excluye en absoluto la posibilidad de atribuirle al mismo tiempo la responsabilidad del comportamiento de los órganos del gobierno anterior. Por último, con algunas excepciones, los autores que han profundizado más en la cuestión no vacilan en decir explícitamente que los hechos del movimiento insurreccional deben considerarse retrospectivamente como hechos del gobierno que haya creado luego [292] En opinión de esos autores, tales hechos deben considerarse, desde el momento en que el movimiento insurreccional ha triunfado, «hechos del Estado»

19) Además de la base de discusión N.º 22 *c*, redactada por el Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930, cinco proyectos de codificación tratan de la cuestión que constituye el objeto del presente artículo El proyecto de Harvard de 1929 [293], el del Comité Jurídico Interamericano de 1965 [294] y el de García Amador de 1957 [295] se refieren de una manera general a la responsabilidad del Estado por hechos de una insurrección triunfante. El proyecto de Harvard de 1961 formula con mayor precisión la idea de la atribución al Estado de los hechos de órganos de un movimiento insurreccional que pasa después a constituir el gobierno de ese Estado [296] Sólo el proyecto revisado de García Amador, de 1961, se aparta de los otros, pues al parecer intenta limitar la cuestión, aun en el caso de que la insurrección triunfe, a la hipótesis de negligencia por parte de los órganos «legítimos» del Estado [297]

20) Habida cuenta de las consideraciones precedentes, el presente artículo comprende dos párrafos que versan, respectivamente, sobre el supuesto en que la organización del movimiento insurreccional pasa a ser el nuevo gobierno de todo el país y sobre el supuesto en que la organización del movimiento insurreccional pasa a ser la de un nuevo Estado constituido en una parte del territorio antes sujeto a la soberanía o bajo la administración de un Estado preexistente La Comisión ha estimado que, para los efectos del presente artículo, no hay que introducir distingos entre diferentes categorías de movimientos insurreccionales sobre la base de su eventual «legitimidad» internacional o de la ilicitud eventual de su instalación en el poder, no obstante la importancia que tales distingos puedan tener en otros contextos Desde el punto de vista de la formulación de las normas jurídicas que rigen la responsabilidad de los Estados, sería muy peligroso introducir conceptos que podrían dejar a cubierto de toda responsabilidad a un nuevo gobierno o a un nuevo Estado por el hecho de que procede de un movimiento insurreccional calificado de «ilegítimo» o de un movimiento insurreccional que ha llegado al poder a consecuencia de comportamientos internacionalmente ilícitos Si el triunfo del movimiento insurreccional se debe a la intervención de un Estado extranjero que le ha proporcionado una asistencia determinante en violación de sus obligaciones internacionales, ese hecho del Estado extranjero se atribuirá a dicho Estado y comprometerá su propia responsabilidad internacional Pero ello no influye en el problema de la atribución al Estado en que el movimiento insurreccional ha empuñado las riendas del gobierno, o al Estado cuyo nacimiento ha provocado, de los comportamientos internacionalmente ilícitos observados durante la lucha por ese movimiento insurreccional Para tal atribución no se requiere otra condición que la simple existencia de ese movimiento y el vínculo de continuidad existente entre su organización y la del gobierno o del nuevo Estado surgido de su acción

21) El *párrafo 1* del artículo empieza enunciando la norma de que el hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado se considerará hecho de ese Estado No caben excepciones a este principio general La segunda frase de dicho párrafo especifica que tal atribución se entenderá sin perjuicio de la atribución a ese Estado de un comportamiento que antes hubiera sido considerado hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10 del proyecto En otros términos, esta disposición subraya que la atribución al Estado del comportamiento de los órganos del movimiento insurreccional no excluye en absoluto la atribución paralela a ese Estado de los comportamientos observados durante la lucha por los órganos del gobierno que ejercía entonces la autoridad, pues debe mantenerse la responsabilidad eventual del Estado por los hechos del gobierno que ejerció el poder hasta el momento de ser sustituido por el del movimiento insurreccional Formulada como cláusula de salvaguardia, la norma de que se trata no excluye la posibilidad de tener en cuenta situaciones excepcionales, como las que se mencionan en el párrafo 7 de este comentario

22) El *párrafo 2*, como se ha señalado ya, se refiere a los casos de formación de un nuevo Estado por secesión o descolonización Dispone que el hecho de un movimiento insurreccional, cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado *en una parte* del territorio de un Estado preexistente o en un territorio que antes se hallaba bajo su administración, se considerará hecho de ese nuevo Estado La expresión «o en un territorio bajo

[292] Vease Goebel, *loc cit*, pag 818, Eagleton, *The Responsibility of States (op cit)*, pag 147, Ralston, *op cit*, pag 343, Hyde, *International Law (op cit)*, pags 987 y 988, Cavare, *op cit*, pag 547, Cheng, *op cit*, pag 190, Reuter, *loc cit*, pag 94 ,Schwarzenberger, *op cit*, pags 628 y 629, Amerasinghe, *loc cit*, pags 127 y 128 Cabe señalar tambien que todos los autores que, como Borchard, Berlia, Rousseau, Verdross y Castren, sostienen que se ha de suponer que los rebeldes victoriosos representan desde el comienzo la *verdadera voluntad nacional*, deben considerar necesariamente a los organos del movimiento insurreccional como organos del Estado en el momento en que cometieron los actos lesivos Entre todos los autores consultados, solo Strupp y Decenciere-Ferrandiere, este ultimo siguiendo al primero, parecen tener una actitud contraria a la atribucion al Estado del comportamiento de los organos del movimiento insurreccional durante la revolucion

[293] Articulo 13, parr *b* (*Anuario 1956*, vol II, pag 225, documento A/CN 4/96, apendice 9)

[294] Principio VI (*Anuario 1969*, vol II, pag 161, documento A/CN 4/217 y Add 1, anexo XV)

[295] Articulo 12, parr 2 (*Anuario 1957*, vol II, pag 140, documento A/CN 4/106, apendice)

[296] Articulo 18, parr 1 «En caso de revolucion o insurreccion que produzca un cambio de gobierno en un Estado o el establecimiento de un nuevo Estado, los actos u omisiones de los organos, organismos, funcionarios o empleados de un grupo de revolucionarios o insurrectos seran imputables, a los fines de la presente Convencion, al Estado en el cual el grupo haya asumido el gobierno » (*Anuario 1969*, vol II, pag 152, documento A/CN 4/217 y Add 1, anexo VII)

[297] Articulo 16 (*Anuario 1961*, vol II, pag 53, documento A/CN 4/134 y Add 1, adicion)

su administración» se ha incluido, como ya se ha indicado [298], para tener en cuenta la situación jurídica de los territorios dependientes. Ni que decir tiene que el Estado preexistente, puesto que sigue existiendo, aunque amputado, sigue siendo responsable asimismo de sus propios hechos realizados antes de la creación del nuevo Estado, y ello en virtud de las disposiciones que figuran en otros artículos del presente capítulo del proyecto. No es necesario, por lo tanto, incluir a este respecto una cláusula especial de salvaguardia.

[298] Véase *supra* art. 14, párr. 29 del comentario.

Capítulo III

SUCESIÓN DE ESTADOS EN LO QUE RESPECTA A MATERIAS DISTINTAS DE LOS TRATADOS

A.—Introducción

1. Reseña histórica de los trabajos de la Comisión

53. Como se recuerda en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 25.º período de sesiones [299], la Comisión tomó, en su 19.º período de sesiones, nuevas disposiciones en relación con la materia de la «Sucesión de Estados y de gobiernos» [300], cuestión que figuraba en la lista de las materias que había escogido en 1949 con miras a su codificación [301]. Decidió, entre otras cosas, distribuir la cuestión entre varios relatores especiales, a base de su división en tres temas principales, según el plan general propuesto en el informe que la Subcomisión para la Sucesión de Estados y de Gobiernos había presentado en 1963 [302]. Estos tres temas eran los siguientes:

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;

c) La sucesión y la calidad de miembro de organizaciones internacionales.

54. También en 1967, la Comisión nombró Relator Especial para el tema de la sucesión en materia de tratados a Sir Humphrey Waldock y Relator Especial para el tema de la sucesión en lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de fuentes distintas de los tratados al Sr. Mohammed Bedjaoui. La Comisión decidió ocuparse por el momento del tercer tema, es decir, la sucesión y la calidad de miembro de organizaciones internacionales [303].

55. De 1968 a 1972, Sir Humphrey Waldock presentó a la Comisión cinco informes sobre la sucesión de Estados en materia de tratados [304]. En 1972, en su 24.º período de sesiones, la Comisión aprobó, a la luz de esos informes, un anteproyecto de 31 artículos sobre el tema [305], que fue transmitido ese mismo año a los gobiernos de los Estados Miembros para que formularan observaciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 16 y 21 del Estatuto de la Comisión [306]. En 1974, habida cuenta de las observaciones recibidas entretanto de los gobiernos de Estados Miembros, la Comisión aprobó definitivamente un «Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados» [307].

56. Después de haber sido designado Relator Especial, el Sr. Bedjaoui presentó a la Comisión, en 1968, un primer informe sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de fuentes distintas de los tratados [308]. En él examinaba, entre otras cosas, la delimitación del tema que se le había confiado y, por tanto, el título que convenía darle así como los diversos aspectos que en él se podían distinguir. Tras haber examinado ese informe, la Comisión adoptó ese mismo año, en su 20.º período de sesiones, varias decisiones, entre las cuales figuraban dos que concernían una al título y la delimitación del tema y otra al orden de prioridad de ciertos aspectos de la sucesión de Estados.

57. Haciendo suyas las recomendaciones contenidas en ese primer informe del Sr. Bedjaoui, la Comisión estimó que el criterio de delimitación entre el tema que se había confiado al Sr. Bedjaoui y el relativo a la sucesión en materia de tratados era el de la «materia sucesoria». Decidió, como había sugerido el Relator Especial, suprimir del título del tema asignado al Sr. Bedjaoui la mención de las fuentes, a fin de evitar toda ambigüedad en cuanto a la delimitación del tema. En consecuencia, la Comisión sustituyó el título primitivo, a saber, «La sucesión en lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de fuentes distintas de los tratados», por el título siguiente: «La sucesión en lo que respecta a materias distintas de los tratados» [309].

58. Esta decisión fue confirmada por la Asamblea General, en particular en el apartado *b* del párrafo 4 de su resolución 2634 (XXV), de 12 de noviembre de 1970, que recomendaba a la Comisión que continuara su labor con vistas a «hacer progresos en el examen de la suce-

[299] *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 203 y ss., documento A/9010/Rev.1, párrs. 60 y ss.

[300] La reseña histórica detallada del conjunto de la cuestión figura en *Anuario... 1968*, vol. II, págs. 208 y ss., documento A/7209/Rev.1, párrs. 29 a 42, y en *Anuario... 1969*, vol. II, págs. 233 y ss., documento A/7610/Rev.1, párrs. 20 a 34.

[301] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10* (A/925), pág. 3, párr. 16.

[302] *Anuario... 1963*, vol. II, pág. 302, documento A/5509, anexo II.

[303] *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 383, documento A/6709/Rev.1, párrs. 38 a 41.

[304] *Anuario... 1972*, vol. II, págs. 242 y 243, documento A/8710/Rev.1, párrs. 17 a 21.

[305] *Ibid.*, págs. 249 y ss., documento A/8710/Rev.1, cap. II, sec. C.

[306] *Ibid.*, pág. 243, documento A/8710/Rev.1, párr. 23.

[307] *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 174 y ss., documento A/9610/Rev.1, cap. II, secc. D.

[308] *Anuario... 1968*, vol. II, pág. 101, documento A/CN.4/204.

[309] *Anuario... 1968*, vol. II, pág. 211, documento A/7209/Rev.1, párr. 46.

sión de Estados respecto de otras cuestiones distintas de los tratados». La omisión por la Asamblea en esta recomendación de toda referencia a «la sucesión de gobiernos» reflejaba la decisión adoptada por la Comisión en su 20.º período de sesiones de conceder la prioridad a la sucesión de Estados y de no considerar por el momento la sucesión de gobiernos «sino en la medida en que sea necesario para servir de complemento a los trabajos sobre sucesión de Estados» [310].

59. Como ya se ha indicado [311], el primer informe del Sr. Bedjaoui examinaba los diversos aspectos particulares que presenta la cuestión de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados. El informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 20.º período de sesiones señalaba a este respecto que en el debate

> algunos miembros de la Comisión hicieron referencia a ciertos aspectos particulares del tema (bienes públicos, deudas públicas, régimen jurídico del Estado predecesor, problemas territoriales, condición de los habitantes, derechos adquiridos) y formularon determinadas observaciones de carácter preliminar.

Agregaba que, en vista de lo vasto y complejo de la materia,

> los miembros de la Comisión fueron partidarios de que se concediese prioridad a uno o dos aspectos para su estudio inmediato, en el entendido de que ello no significaba en modo alguno que no deban examinarse más adelante todas las demás cuestiones que entran dentro del tema [312].

El informe indicaba que la opinión dominante de los miembros de la Comisión era que convenía examinar en primer término los aspectos económicos de la sucesión y precisaba:

> En un principio se sugirió empezar por los problemas de los bienes públicos y las deudas públicas. Sin embargo, como ese aspecto pareció demasiado limitado, se propuso combinarlo con la cuestión de los recursos naturales, con objeto de englobar los problemas de sucesión en lo que respecta a los diversos medios (intereses y derechos) económicos, incluyendo las cuestiones conexas de los derechos de concesión y de los contratos administrativos (derechos adquiridos). En consecuencia, la Comisión decidió titular ese aspecto del epígrafe del tema «La sucesión de Estados en materia económica y financiera» y encargó al Relator Especial que redactara un informe sobre esa cuestión para el próximo período de sesiones [el 21.º] de la Comisión [313].

60. El segundo informe del Sr. Bedjaoui [314], presentado a la Comisión en su 21.º período de sesiones, celebrado en 1969, se titulaba «Los derechos económicos y financieros adquiridos y la sucesión de Estados». En el informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones se dice que, en las deliberaciones sobre la materia, la mayoría de los miembros opinaron que el tema de los derechos adquiridos era sumamente controvertido y que su estudio prematuro podría retrasar la labor de la Comisión sobre el tema en su conjunto. Esos miembros consideraron que «debería adoptarse un método pragmático en la codificación del derecho relativo a la sucesión en materia económica y financiera, preferiblemente comenzando con un estudio sobre los bienes públicos y las deudas públicas» [315]. En su informe, la Comisión señala que «pidió al Relator Especial que preparase un nuevo informe con un proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a cuestiones económicas y financieras». Agregaba que la Comisión «tomó nota del propósito del Relator Especial de dedicar su siguiente informe a la cuestión de los bienes públicos y las deudas públicas» [316].

61. De 1970 a 1972, el Sr. Bedjaoui presentó tres informes a la Comisión, a saber, su tercer informe [317] en 1970, su cuarto informe [318] en 1971 y su quinto informe [319] en 1972. Todos ellos estaban dedicados a la sucesión de Estados en los bienes públicos y contenían proyectos de artículos sobre la materia. La Comisión, que estaba ocupada con otras tareas, no pudo examinar ninguno de estos informes en sus períodos de sesiones 22.º (1970), 23.º (1971) y 24.º (1972). Sin embargo, incluyó un resumen de los informes tercero y cuarto en su informe sobre la labor realizada en el 23.º período de sesiones [320] y una reseña del quinto informe en su informe sobre la labor realizada en el 24.º período de sesiones [321].

62. En los períodos de sesiones vigésimo quinto (1970), vigésimo sexto (1971) y vigésimo séptimo (1972) de la Asamblea General, durante el examen por la Sexta Comisión de los informes de la Comisión de Derecho Internacional, varios representantes expresaron el deseo de que se adelantara en el estudio de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados [322]. Por su parte, la Asamblea General aprobó el 12 de noviembre de 1970 la resolución 2634 (XXV), en cuyo párrafo 4, apartado *b*, recomendaba que la Comisión

> Continúe su labor sobre la sucesión de Estados, teniendo en cuenta las opiniones y consideraciones mencionadas en las resoluciones 1765 (XVII) [...] y 1902 (XVIII) [...] de la Asamblea General, con vistas [...] a hacer progresos en el examen de la sucesión de Estados respecto de otras cuestiones distintas de los tratados.

El 3 de diciembre de 1971, la Asamblea General, en el apartado *a* del párrafo 4 de la parte I de su resolución 2780 (XXVI), recomendaba de nuevo a la Comisión que avanzase «en el examen de la sucesión de Estados respecto de otras cuestiones distintas de los tratados». Finalmente, la Asamblea General, en el apartado *c* del

---

[310] *Anuario... 1963*, vol. II, pág. 262, documento A/5509, párr. 57.

[311] Párr. 56 *supra*.

[312] *Anuario... 1968*, vol. II, pág. 215, documento A/7209/Rev.1, párrs. 73 y 78.

[313] *Ibid.*, págs. 215 y 216, párr. 79.

[314] *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 71, documento A/CN.4/216/Rev.1.

[315] *Anuario... 1969*, vol. II, págs. 239 y 240, documento A/7610/Rev.1, párr. 61.

[316] *Ibid.*, pág. 240, párr. 62.

[317] *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 141, documento A/CN.4/226.

[318] *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 169, documento A/CN.4/247 y Add.1.

[319] *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 65, documento A/CN.4/259.

[320] *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 369 y ss., documento A/8410/Rev.1, párrs. 77 a 98.

[321] *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 353, documento A/8710/Rev.1, párr. 71.

[322] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones, Anexos*, tema 84 del programa, documento A/8147, párr. 72; *ibid., vigésimo sexto período de sesiones, Anexos*, tema 88 del programa, documento A/8537, párr. 135; *ibid., vigésimo séptimo período de sesiones, Anexos*, tema 85 del programa, documento A/8892, párr. 194.

párrafo 3 de la parte I de su resolución 2926 (XXVII) de 28 de noviembre de 1972, recomendaba a la Comisión que prosiguiese «su labor sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, teniendo en cuenta las opiniones y consideraciones mencionadas en las resoluciones pertinentes de la Asamblea General».

63. El Sr. Bedjaoui presentó en 1973, para el 25.º período de sesiones de la Comisión, un sexto informe[323] dedicado, como los tres informes precedentes, a la sucesión de Estados en los bienes públicos. El sexto informe revisaba y completaba los proyectos de artículos presentados anteriormente, teniendo en cuenta especialmente el anteproyecto sobre la sucesión de Estados en materia de tratados que la Comisión había aprobado en 1972 [324]. Dicho informe contenía una serie de proyectos de artículos relativos a los bienes públicos en general. Aclaraba que estos bienes podían agruparse en tres categorías: bienes de Estado, bienes de colectividades territoriales distintas de las estatales o de empresas públicas u organismos de carácter público y, por último, bienes propios del territorio al que se refiere la sucesión de Estados.

64. El sexto informe del Sr. Bedjaoui fue examinado por la Comisión en su 25.º período de sesiones, celebrado en 1973. Ante la complejidad de la materia, la Comisión decidió, tras un debate a fondo y a propuesta del Relator Especial, limitar su estudio de momento a una sola de las tres categorías de bienes públicos tratadas por el Relator Especial, a saber, la de los bienes de Estados [325]. Ese mismo año, la Comisión aprobó ocho proyectos de artículos cuyo texto se reproduce más adelante [326]. Los artículos 1 a 3 constituyen la introducción del proyecto, relativa al conjunto de la cuestión de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados. Los artículos 4 a 8 pertenecen a la parte I del proyecto, titulada «Sucesión de Estados en materia de bienes de Estado». Esos artículos constituyen los primeros textos de la sección 1 de esta parte, que lleva por título «Disposiciones generales».

65. El Relator Especial presentó en 1974, para el 26.º período de sesiones de la Comisión, un séptimo informe dedicado exclusivamente a la sucesión de Estados en materia de bienes de Estado [327]. Dicho informe contenía 22 proyectos de artículos acompañados de comentarios, que venían a añadirse a los ocho proyectos de artículos aprobados en 1973. La Comisión no pudo examinar este informe en su 26.º período de sesiones porque, en aplicación de los apartados *a* y *b* del párrafo 3 de la resolución 3071 (XXVIII) de la Asamblea General, tuvo que dedicar la mayor parte del período de sesiones a la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y a la preparación del proyecto de una primera serie de artículos sobre la responsabilidad de los Estados [328]. Ese mismo año, en su resolución 3315 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General recomendó a la Comisión que continuara la preparación, «con carácter prioritario, del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados» (apartado *b* del párrafo 4 de la parte I de la resolución).

66. En el actual período de sesiones, la Comisión ha examinado en sus sesiones 1318.ª a 1329.ª los proyectos de artículos 9 a 15 y X, Y y Z, contenidos en el séptimo informe del Sr. Bedjaoui. La Comisión remitió todas esas disposiciones al Comité de Redacción, salvo las del artículo 10 [329], respecto de las cuales ha reservado su posición. Sin embargo, la Comisión desea subrayar que, en lo que respecta al artículo 10, estima superfluo afirmar en el proyecto el principio de la soberanía del Estado sucesor sobre sus recursos naturales, pues dicho principio deriva de la condición misma de Estado y no del derecho de la sucesión de Estados. Tras haber estudiado todas las disposiciones que le habían sido remitidas, a excepción, por falta de tiempo, de las de los artículos 12 a 15, el Comité presentó a la Comisión textos para los artículos 9 y 11 y, sobre la base de los artículos X, Y y Z, para el artículo X y el apartado *e* del artículo 3. En su 1329.ª sesión, la Comisión aprobó con algunas modificaciones todos los textos presentados por el Comité. Dichos textos se reproducen más adelante [330] en la forma que les dio la Comisión. Uno de esos textos, a saber, el apartado *e* del artículo 3, forma parte de la introducción del proyecto. Los demás, es decir, los artículos 9, 11 y X, pertenecen a la sección 1 (Disposiciones generales) de la parte I (Sucesión de Estados en materia de bienes de Estado).

2. Observaciones de carácter general relativas al proyecto de artículos

a) *Forma del proyecto*

67. Al igual que en la codificación de otras cuestiones por la Comisión, la forma que ha de revestir la codifica-

[323] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 3, documento A/CN.4/267.

[324] *Anuario... 1972*, vol. II, págs. 249 y ss., documento A/8710/Rev.1, cap. II, secc. C.

[325] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 207, documento A/9010/Rev.1, párr. 87.

[326] Para el texto de los artículos 1 a 8 y de los comentarios a los mismos aprobados por la Comisión en su 25.º período de sesiones, véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 207 y ss., documento A/9010/Rev.1, cap. III, secc. B. Para el texto de los artículos 1 a 9, 11 y X aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.º y 26.º, véase *infra* secc. B, subsecc. 1.

[327] *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 93, documento A/CN.4/282.

[328] *Ibid.*, pág. 310, documento A/9610/Rev.1, párr. 160.

[329] El proyecto de artículo 10 dice lo siguiente:

«*Artículo 10.—Derechos de Potencia concedente*

»1. Para los efectos del presente artículo, se entiende por "concesión" el acto mediante el cual el Estado atribuye, en el territorio dependiente de su competencia nacional, a una empresa privada, a una persona de derecho privado o a otro Estado la gestión de un servicio público o la explotación de un recurso natural.

»2. Sea cual fuere el tipo de sucesión de Estados, el Estado sucesor se subrogará en los derechos de propiedad del Estado predecesor sobre el conjunto de los bienes públicos que sean objeto de una concesión en el territorio afectado por el cambio de soberanía.

»3. La existencia de acuerdos de transmisión que regulen el destino de las concesiones no afectará al derecho eminente del Estado sobre los bienes públicos y los recursos naturales de su territorio.»

[330] Véase secc. B, subsecc. 2.

ción de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados sólo podrá determinarse una vez que se haya llevado a cabo el estudio del tema. La Comisión formulará entonces, conforme a lo dispuesto en su Estatuto, las recomendaciones que estime pertinentes. Sin prejuzgar tales recomendaciones, la Comisión ha decidido dar desde ahora a su estudio del tema la forma de un *proyecto de artículos*, por considerar que tal método es el más eficaz para determinar o desarrollar las normas de derecho internacional relativas a la materia. El proyecto de artículos se está redactando en forma que permitirá utilizarlo eventualmente como base para la celebración de una convención si se adopta una decisión en tal sentido.

b) *La expresión «materias distintas de los tratados»*

68. Como ya se ha recordado [331], la expresión «materias distintas de los tratados» no figuraba en los títulos de los tres temas en que se dividió la materia de la sucesión en 1967; a saber: *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 organizaciones internacionales. En 1968, en un informe presentado a la Comisión en su 20.º período de sesiones, el Relator Especial del segundo de los temas mencionados señaló que, si se comparaba el título de éste (la sucesión en lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de fuentes distintas de los tratados) con el del primer tema (la sucesión en materia de tratados), se veía que la palabra «tratado» se consideraba en los dos títulos desde dos puntos de vista distintos. En el primer caso, el tratado se consideraba como materia sucesoria y, en el segundo, como fuente de sucesión. El Relator Especial subrayó que, además de su falta de homogeneidad, esa división de la materia tenía el inconveniente de excluir del segundo tema todas las cuestiones que eran objeto de disposiciones convencionales. Hizo observar que, en muchos casos, una sucesión de Estados iba acompañada de la celebración de un tratado que regulaba, entre otras cosas, determinados aspectos de la sucesión que, por este hecho, quedaban excluidos del segundo tema tal como había sido titulado en 1967. Como estos aspectos no quedaban tampoco comprendidos en el primer tema, la Comisión se habría visto obligada, de haberse mantenido el título, a descartar de su estudio sobre la sucesión de Estados una parte importante de la materia [332].

69. En consecuencia, el Relator Especial propuso que se adoptara la *materia sucesoria* como criterio para el segundo tema titulándolo «La sucesión en materias distintas de los tratados» [333]. Esta propuesta fue aprobada por la Comisión, que, en su informe sobre la labor realizada en el 20.º período de sesiones, puntualizó:

> Todos los miembros de la Comisión que participaron en el debate estuvieron de acuerdo en que el criterio de delimitación entre este tema y el relativo a la sucesión en materia de tratados era el de la «materia sucesoria», es decir, el contenido de la sucesión y no sus modalidades. Con objeto de evitar toda ambigüedad se dedidió, tal como lo había sugerido el Relator Especial, suprimir del título del tema toda referencia a las fuentes dado que ello podría hacer creer que se pretendía dividir el tema distinguiendo entre sucesión convencional y sucesión no convencional [334].

70. Sólo una vez que haya terminado el estudio en surso podrá la Comisión indicar con precisión cuáles son las «materias distintas de los tratados» que entran en el marco del tema.

c) *Estructura del proyecto de artículos*

71. En su 20.º período de sesiones, la Comisión estimó que, en vista de la amplitud y complejidad de la materia, convenía comenzar su estudio por uno o dos aspectos particulares y concedió la prioridad a las materias económicas y financieras. Sin embargo, precisó que «ello no significaba en modo alguno que no deban examinarse más adelante todas las demás cuestiones que entran dentro del tema» [335]. Por consiguiente, y sin perjuicio de las decisiones que pudiera adoptar ulteriormente, la Comisión manifestó en el 25.º período de sesiones su propósito de incluir en el proyecto de artículos el mayor número posible de «materias distintas de los tratados» [336].

72. En el estado actual de sus trabajos, la Comisión se propone dividir el proyecto de artículos en una introducción y varias partes. La introducción comprenderá las disposiciones aplicables al proyecto en su conjunto y cada parte contendrá las que se apliquen exclusivamente a una categoría de materias determinadas. La Comisión ha decidido además, en las circunstancias que se recuerdan más arriba [337], consagrar la parte I del proyecto a la sucesión de Estados en materia de bienes de Estado.

73. Como se desprende de los párrafos 64 y 66 *supra*, la Comisión ha aprobado hasta ahora, en el curso de dos períodos de sesiones, once artículos del proyecto, tres de los cuales forman parte de la introducción y ocho de la parte I del proyecto de artículos. Estos ocho artículos pertenecen a la sección 1, titulada «Disposiciones generales», y son aplicables a todos los tipos de sucesión de Estados en materia de bienes de Estado. En la etapa actual de sus trabajos, la Comisión se propone consagrar las otras secciones de la parte I a tipos de sucesión particulares.

74. Después de haber dado cima, con la parte I, al estudio de la sucesión de Estados en los bienes de Estado, lo normal sería que la Comisión examinara la sucesión de Estados en las otras categorías de bienes públicos [338]. No obstante, en vista de las directrices dadas por la Asamblea General en su resolución 3315 (XXIX) [339], el Relator Especial tiene el propósito de pasar directamente, tan pronto como termine la parte I del proyecto, al estudio de la sucesión en las deudas públicas

[331] Véase párr. 53 supra.

[332] *Anuario... 1968*, vol. II, págs. 93 y 94, documento A/CN.4/204, párrs. 18 a 21.

[333] Para la adición por la Asamblea General de las palabras «de Estados» después de la palabra «sucesión» en el título del tema, véase párr. 58 *supra*.

[334] *Anuario... 1968*, vol. II, pág. 211, documento A/7209/Rev.1, párr. 46.

[335] Véase párr. 59 *supra*.

[336] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 207, documento A/9010/Rev.1, párr. 85.

[337] Véanse párrs. 63 y 64.

[338] *Idem*.

[339] Véase párr. 65 *supra*.

y, muy probablemente, a la sucesión en las deudas de Estado exclusivamente. Luego la Comisión decidirá en qué orden deberán ser examinados los otros problemas relativos a los bienes públicos, así como las otras materias que entran dentro del marco de la cuestión.

d) *Carácter provisional de las disposiciones aprobadas en los períodos de sesiones 25.º y 27.º*

75. La Comisión indicó en su informe sobre la labor realizada en su 25.º período de sesiones que había estimado necesario, para ilustrar a la Asamblea General, comenzar el proyecto de artículos con disposiciones de orden general, en las que se precisara en particular el sentido de las expresiones «sucesión de Estados» y «bienes de Estado». Hizo observar que el contenido definitivo de las disposiciones de esa índole dependería, en medida no despreciable, de los resultados a que llegara la Comisión en la prosecución de sus trabajos. En consecuencia, manifestó su propósito de examinar de nuevo, dentro del marco de la primera lectura del proyecto, el texto de los artículos aprobados en el 25.º período de sesiones, a fin de introducir en ellos eventualmente todas las modificaciones que fueran necesarias [340]. En el presente período de sesiones, la Comisión ha extendido esa decisión a los artículos aprobados en el curso del período de sesiones.

B.—Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados

76. El texto de los artículos 1 a 9, 11 y X, aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.º y 27.º, así como el texto de los artículos 9, 11 y X y del apartado *e* del artículo 3 junto con los comentarios a los mismos, aprobados por la Comisión en el presente período de sesiones, se reproduce seguidamente para conocimiento de la Asamblea General.

1. Texto de los artículos 1 a 9, 11 y X aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.º y 27.º

INTRODUCCIÓN

Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplicarán a los efectos de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados.

Artículo 2.—Casos de sucesión de Estados comprendidos en los presentes artículos

Los presentes artículos se aplicarán únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que ocurra de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 3.—Términos empleados

Para los efectos de los presentes artículos:

***a*) se entiende por «sucesión de Estados» la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio;**

***b*) se entiende por «Estado predecesor» el Estado que ha sido sustituido por otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;**

***c*) se entiende por «Estado sucesor» el Estado que ha sustituido a otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;**

***d*) se entiende por «fecha de la sucesión de Estados» la fecha en la que el Estado sucesor ha sustituido al Estado predecesor en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio al que se refiere la sucesión de Estados.**

***e*) se entiende por «tercer Estado» todo Estado distinto del Estado predecesor o el Estado sucesor.**

PARTE I

SUCESIÓN DE ESTADOS EN MATERIA DE BIENES DE ESTADO*

SECCIÓN 1.—DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 4.—Alcance de los artículos de la presente parte

Los artículos de la presente parte se aplicarán a los efectos de sucesión de Estados en materia de bienes de Estado.

Artículo 5.—Bienes de Estado

Para los efectos de los artículos de la presente parte, por «bienes de Estado» se entenderá los bienes, derechos e intereses que en la fecha de la sucesión de Estados y conforme al derecho interno del Estado predecesor pertenecían a éste.

Artículo 6.—Derechos del Estado sucesor sobre los bienes de Estado que a él pasan

La sucesión de Estados entrañará la extinción de los derechos del Estado predecesor y el nacimiento de los del Estado sucesor sobre los bienes de Estado que pasen al Estado sucesor de conformidad con las disposiciones de los presentes artículos.

Artículo 7.—Fecha del paso de los bienes de Estado

Salvo que se acuerde o decida otra cosa al respecto, la fecha del paso de los bienes de Estado será la de la sucesión de Estados.

Artículo 8.—Paso de los bienes de Estado sin compensación

Sin perjuicio de los derechos de terceros, el paso de los bienes de Estado del Estado predecesor al Estado sucesor, que se efectúe conforme a las disposiciones de los presentes artículos, se realizará sin compensación, salvo que se acuerde o decida otra cosa al respecto.

Artículo 9.—Principio general del paso de los bienes de Estado

Salvo lo dispuesto en los artículos de la presente parte y a menos que se haya convenido o decidido otra cosa al respecto, los bienes de Estado que, en la fecha de la sucesión de Estados, estén situados en el territorio al que se refiera la sucesión de Estados pasarán al Estado sucesor.

[Artículo 11.—Paso de los créditos de Estado

Salvo lo dispuesto en los artículos de la presente parte y a menos que se haya convenido o decidido otra cosa al respecto, los créditos pagaderos al Estado predecesor en virtud de su soberanía sobre el territorio al que se refiera la sucesión de Estados o de su actividad en dicho territorio pasarán al Estado sucesor.]

Artículo X**.—Falta de efectos de una sucesión de Estados sobre los bienes de un tercer Estado

Una sucesión de Estados no afectará en cuanto tal a los bienes, derechos e intereses que, en la fecha de la sucesión de Estados, se hallen situados en el territorio [del Estado predecesor o] del Estado sucesor y

[340] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 206, documento A/9010/Rev.1, párr. 91.

* En el 27.º período de sesiones de la Comisión se ha sustituido la expresión «bienes del Estado» por la expresión «bienes de Estado». Esta modificación sólo afecta al texto español.

** Designación provisional.

que, en esa fecha, pertenezcan a un tercer Estado conforme al derecho interno del Estado predecesor [o, en su caso, del Estado sucesor].

2. TEXTO DE LOS ARTÍCULOS 9, 11 Y X Y DEL APARTADO *e* DEL ARTÍCULO 3 Y COMENTARIO A LOS MISMOS APROBADOS POR LA COMISIÓN EN SU 27.º PERÍODO DE SESIONES

Artículo 9.—Principio general del paso de los bienes de Estado

Salvo lo dispuesto en los artículos de la presente parte y a menos que se haya convenido o decidido otra cosa al respecto, los bienes de Estado que, en la fecha de la sucesión de Estados, estén situados en el territorio al que se refiera la sucesión de Estados pasarán al Estado sucesor.

Comentario

1) El artículo 8, aprobado por la Comisión en su 25.º período de sesiones, dispone, con las reservas en él enunciadas, que el paso de los bienes de Estado del Estado predecesor al Estado sucesor se realiza sin compensación. Como señaló la Comisión en 1973, este artículo «no tiene por objeto determinar los bienes de Estado que pasan al Estado sucesor» [341]. Para determinar esos bienes, la Comisión ha aprobado en el actual período de sesiones el artículo 9. Como las demás disposiciones de la sección 1 de la parte I del proyecto, el artículo 9 enuncia una regla general aplicable a todos los tipos de sucesión. Sin embargo, esta regla está sujeta a ciertos límites que se especifican en el texto.

2) En primer lugar, la regla se formula «salvo lo dispuesto en los artículos de la presente parte». Una primera excepción a esa regla es la introducida por el artículo 11 (Paso de los créditos de Estado) [342]. También podrán constituir excepciones a la regla algunas de las disposiciones que la Comisión adoptará para cada tipo particular de sucesión de Estados.

3) En segundo lugar, las palabras «a menos que se haya convenido o decidido otra cosa al respecto» subrayan el carácter supletorio de la regla enunciada en el artículo 9. Dicha expresión ya figura, en otro contexto, en los artículos 7 y 8. En lo que se refiere a las palabras «o decidido», la Comisión incluyó en su comentario al artículo 7 (Fecha del paso de los bienes de Estado) el párrafo siguiente:

> [...] a veces los tribunales internacionales han tenido que pronunciarse sobre la cuestión de la fecha del paso de determinados bienes de Estado del Estado predecesor al Estado sucesor [276]. Por ello la Comisión ha agregado en la primera frase del artículo 7 las palabras «o decida» después de la palabra «acuerde». Con todo, la Comisión no ha estimado prudente precisar de quién puede emanar una decisión en la materia [343].

4) Finalmente, el artículo 9 sólo se refiere a los «bienes de Estado que, en la fecha de la sucesión de Estados, estén situados en el territorio al que se refiera la sucesión de Estados». La Comisión, en efecto, ha renunciado a formular una regla general para determinar cuáles son los bienes de Estado situados fuera de dicho territorio que pasan al Estado sucesor, ya que el destino de tales bienes depende en la práctica del tipo de sucesión de que se trate.

5) En cuanto a los bienes de Estado situados en el territorio al que se refiere la sucesión, el artículo 9 dispone que pasan al Estado sucesor. El artículo 9 no establece ninguna distinción entre los bienes de dominio público y los bienes de dominio privado del Estado predecesor y se aplica de la misma manera a ambas categorías de bienes. No obstante, la doctrina a veces hace tal distinción.

6) Por lo que respecta a los bienes de dominio público situados en el territorio al que se refiere la sucesión de Estados, la doctrina, basándose en una práctica constante, es unánime: esos bienes pasan al Estado sucesor. Tal es, según la fórmula de la Corte Permanente de Justicia Internacional, «el principio de derecho común de la sucesión de un Estado respecto de otro Estado» [344]. En cambio, ciertos autores han sostenido que los bienes de dominio privado del Estado predecesor no pasan al Estado sucesor. No obstante, la Comisión ha advertido que esta tesis es desmentida por la práctica moderna de la sucesión de Estados y que, en la gran mayoría de los casos de sucesión ocurridos desde la segunda guerra mundial, los bienes de dominio privado del Estado predecesor han pasado al Estado sucesor de la misma manera que los de su dominio público.

7) Algunos de los textos que rigen los casos recientes de sucesión de Estados prevén expresamente el paso al Estado sucesor de los bienes de dominio público y de dominio privado del Estado predecesor. Por ejemplo, el artículo 2 del protocolo que figura en anexo a la Declaración final de la Conferencia Internacional de Tánger, de 29 de octubre de 1956, dispone que el Estado marroquí «recobra la posesión de los dominios público y privado confiados a la Administración Internacional en virtud del Dahír de 16 de febrero de 1924» [345]. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo de acuerdo sobre los bienes patrimoniales concertado entre la República Francesa y la República Islámica de Mauritania, de 10 de mayo de 1963, «la República Francesa confirma la transmisión con carácter definitivo a la República Islámica de Mauritania de sus derechos sobre los inmuebles que hubieren constituido el dominio público o el dominio privado del Estado francés» [346].

8) Casi siempre, sin embargo, los textos que rigen los casos recientes de sucesión de Estados prevén el paso de los bienes de Estado al Estado sucesor sin establecer ninguna distinción entre el dominio público y el dominio privado. Por ejemplo, el acuerdo para la solución de la

[276] Véanse, por ejemplo, el Fallo N.º 7, dictado el 25 de mayo de 1926 por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (*C.P.J.I.*, serie A. N.º 7), y la Opinión consultiva de 10 de septiembre de 1923 sobre algunas cuestiones relativas a los colonos de origen alemán en los territorios cedidos por Alemania a Polonia (*ibid.*, serie B, N.º 6, págs. 6 a 43).

[341] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 213, documento A/9010/Rev.1, cap. III, secc. B, art. 8, párr. 1 del comentario.

[342] Véase *infra* art. 11, párr. 3 del comentario.

[343] *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 212 y 213, documento A/9010/Rev.1, cap. III, secc. B, art. 7, párr. 4 del comentario.

[344] Fallo de 15 de diciembre de 1933, Universidad Peter Pázmány c. Estado checoslovaco, *C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 61, pág. 237.

[345] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 263, pág. 170.

[346] *Journal officiel de la République française, Lois et décrets*, París, 31 de octubre de 1963, 95.º año, N.º 256, pág. 9708.

cuestión de los bienes patrimoniales celebrado entre el Gobierno francés y el Gobierno de Viet-Nam, de 24 de marzo de 1950, dispone en su artículo 1 que «la propiedad de todos los inmuebles que formaban parte del patrimonio del Estado francés en Viet-Nam se transmite definitivamente al Estado de Viet-Nam» [347]. El artículo V del Tratado de cesión del territorio de la Ciudad Libre de Chandernagor, de 2 de febrero de 1951, establece que

> el Gobierno de la República Francesa cede al Gobierno de la República de la India todos los bienes del Estado y de las colectividades públicas que se hallan situados en el territorio de la Ciudad Libre de Chandernagor [348].

De conformidad con el artículo 36 del acuerdo de cooperación en materia económica, monetaria y financiera entre la República Francesa y la Federación de Malí, de 22 de junio de 1960, «la propiedad de todos los bienes patrimoniales registrados a nombre de la República Francesa se transmitirá a la Federación de Malí» [349]. En el artículo 1 de la Convención relativa a los bienes patrimoniales celebrada entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República del Senegal, de 18 de septiembre de 1962, figura una disposición análoga [350]. En el artículo 166 de la Constitución de la Federación de Malasia, de 1957, se prevé la transmisión a los Estados sucesores de los bienes, haberes y tierras del Estado predecesor [351]. El artículo 57 de la Constitución de Somalia dispone lo siguiente:

> El Consejo de Ministros o, en su nombre, la persona o entidad que éste designe por decreto publicado en la Gaceta, adquirirá, al entrar en vigor la presente Constitución, el dominio de los bienes (incluidos los derechos contractuales o no contractuales) de que fuere titular, inmediatamente antes de la vigencia de la presente Constitución, Su Majestad Británica, o una persona o entidad en nombre de Su Majestad Británica, para los efectos del Gobierno del Protectorado de Somalilandia, o de que fuere titular dicho Gobierno o una persona o entidad en nombre de ese Gobierno [352].

En el artículo 19 de la *Zambia Independence Order*, de 1964 [353], figuran disposiciones de la misma naturaleza.

9) La Comisión, a la luz de la práctica reciente de la sucesión de Estados, ha decidido que la regla enunciada en el artículo 9 no debe establecer ninguna distinción entre los bienes de dominio público y los bienes de dominio privado del Estado predecesor. Ni que decir tiene que el carácter supletorio de esta regla permite a los Estados sucesor y predecesor hacer una excepción a ella y pactar que los bienes de dominio privado del Estado predecesor no pasarán al Estado sucesor o que sólo pasarán a él mediante el pago de una indemnización.

10) El artículo 9 se aplica a los bienes de Estado situados en el territorio al que se refiere la sucesión, tanto muebles como inmuebles. La Comisión se ha percatado claramente de que el vínculo que une un bien mueble al territorio en el que se encuentra en un momento determinado es tenue y, por lo tanto, que la aplicación de esta disposición a los bienes muebles puede prestarse a abusos. Ha advertido asimismo que el paso de los bienes muebles del Estado predecesor al Estado sucesor a menudo es objeto de acuerdos basados en criterios distintos del de la situación de tales bienes en la fecha de la sucesión de Estados. La naturaleza muy diversa de tales acuerdos no le ha permitido deducir una regla general que hubiera sustituido, en lo que se refiere a los bienes muebles, la del artículo 9. Por otro lado, de haber restringido el alcance de este artículo a los bienes inmuebles solamente, habría creado una grave laguna en el proyecto; por lo tanto, la Comisión ha redactado esta disposición de modo que se aplique tanto a los bienes muebles como a los bienes inmuebles.

[*Artículo 11.—Paso de los créditos de Estado*

Salvo lo dispuesto en los artículos de la presente parte y a menos que se haya convenido o decidido otra cosa al respecto, los créditos pagaderos al Estado predecesor en virtud de su soberanía sobre el territorio al que se refiera la sucesión de Estados o de su actividad en dicho territorio pasarán al Estado sucesor.]

Comentario

1) Antes de examinar la norma enunciada en el artículo 11, la Comisión desea presentar, en lo que se refiere al texto de este artículo, las siguientes observaciones de forma. En lo que concierne a la versión inglesa, los términos *debts owed* van seguidos de la expresión francesa *créances dues*, colocada entre paréntesis. La Comisión desea, en efecto, dar a la expresión *debts owed* el sentido de *créances dues*. Como, al parecer, no existe en inglés el equivalente exacto de la expresión francesa, la Comisión ha incluido ésta entre paréntesis en el texto inglés. Se ha planteado un problema análogo en relación con el término correspondiente a la palabra *créances* en la versión rusa, por lo que la Comisión ha insertado dicha palabra entre paréntesis después del término ruso correspondiente. Por lo que respecta al texto del artículo en todos los idiomas, la Comisión lo ha colocado entre corchetes por las razones que se indican más adelante [354].

2) El artículo 11 enuncia la norma, válida para todos los tipos de sucesión, según la cual, con las reservas indicadas en el texto, «los créditos pagaderos al Estado predecesor en virtud de su soberanía sobre el territorio al que se refiera la sucesión de Estados o de su actividad en dicho territorio pasarán al Estado sucesor». Esta regla se aplica a todos los créditos pagaderos por cualquier concepto al Estado predecesor, sean o no ciertos y hayan sido o no liquidados en la fecha de la sucesión de Estados. Se refiere a los créditos de cualquier naturaleza, sea cual fuere su origen, sea cual fuere el deudor (personas físicas o jurídicas, nacionales, territoriales o extranjeras) y sea cual fuere su carácter jurídico (créditos hipotecarios o no garantizados, acciones, participaciones, bonos del Tesoro, sin excluir los impuestos).

[347] *Ibid.*, 22 de marzo de 1970, 102.º año, N.º 69, pág. 2749.

[348] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 203, pág. 159.

[349] *Journal officiel de la République française*, Lois et décrets, París, 20 de julio de 1960, 92.º año, N.º 167, pág. 6637.

[350] *Ibid.*, 21 de marzo de 1963, 95.º año, N.º 69, pág. 2720.

[351] *Documentation concernant la succession d'Etats* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E/F. 68.V.5), págs. 85 y 86.

[352] Reino Unido, *Statutory Instruments, 1960*, parte I, Londres, 1961, pág. 1297.

[353] *Ibid., 1964*, parte III, secc. 1, Londres, 1965, págs. 3651 y 3652.

[354] Véanse párrs. 10 y 11.

Se aplica, en especial, a los créditos que constituyen los recursos públicos del Estado como, por ejemplo: a) *recursos patrimoniales*, es decir, rentas de bienes pertenecientes al Estado (talas de bosques del Estado, derechos de caza o de pesca, etc.), rentas de las participaciones financieras del Estado en empresas privadas y rentas de las explotaciones industriales y comerciales (monopolios fiscales, servicios públicos industriales); b) *tasas administrativas* o remuneraciones por servicios prestados; y, sobre todo, c) *impuestos*, que son por antonomasia la expresión de la soberanía por cuanto se exigen autoritariamente.

3) Los créditos pagaderos al Estado predecesor constituyen bienes de Estado en el sentido que se da a esta expresión en el artículo 5. Por consiguiente, en defecto de una disposición especial, estos créditos entrarían dentro del ámbito de aplicación de la norma enunciada en el artículo 9 según la cual «los bienes de Estado que, en la fecha de la sucesión de Estados, estén situados en el territorio al que se refiera la sucesión de Estados pasarán al Estado sucesor». Sin embargo, la Comisión ha estimado que el criterio de la situación física de los bienes de Estado, enunciado en el artículo 9, no podía en la mayoría de los casos aplicarse a los créditos. Ha decidido, por consiguiente, aplicar al paso de los créditos de Estado la regla separada que se enuncia en la disposición del artículo 11 citada en el párrafo precedente. Según esta disposición, para que un crédito de Estado pase al Estado sucesor es preciso, y suficiente, que se cumpla al menos una de las dos condiciones siguientes: *a*) que el crédito sea pagadero al Estado predecesor en virtud de su soberanía sobre el territorio al que se refiera la sucesión de Estados, o *b*) que lo sea en virtud de la actividad del Estado predecesor en dicho territorio. Ni que decir tiene que no podrá entrar en juego más que la segunda condición en todos los casos en que el Estado predecesor no tenía la soberanía sobre el territorio al que se refiera la sucesión de Estados y, en especial, en ciertas situaciones relativas a los territorios dependientes.

4) La norma enunciada en el artículo 11 refleja la jurisprudencia de los tribunales de muchos Estados sucesores. Por ejemplo, el Tribunal de Casación francés decidió, en 1864, que el hecho de la anexión de Saboya por Francia no eximía al demandante del pago de los derechos de registro que hubiera debido satisfacer al Estado predecesor con arreglo a las leyes sardas [355].

5) En varias decisiones dictadas después de la primera guerra mundial, el Tribunal Supremo Administrativo de Checoslovaquia falló que el Estado checoslovaco había percibido todos los impuestos y tasas pagaderos en su territorio y no cobrados en la fecha de su creación, el 28 de octubre de 1918, justamente en virtud de su propia soberanía territorial, y que estaba en su derecho a no reconocer los pagos efectuados después de esa fecha a autoridades extranjeras. Un apelante había sostenido, en vano, que el Estado checoslovaco no estaba facultado para percibir un canon respecto del cual el antiguo Estado austríaco había pasado a ser acreedor antes del 28 de octubre de 1918 y que había sido pagado a las autoridades austríacas, en Viena, el 29 de noviembre de 1918. El Tribunal falló que, a partir del 28 de octubre de 1918, el derecho a recaudar impuestos en Checoslovaquia, *incluso los impuestos pagaderos antes de esa fecha*, correspondía únicamente al Estado checoslovaco [356].

6) En un asunto relativo a la sucesión de un particular (sucesión Dietl), el Tribunal Supremo de Polonia decidió que un crédito del Estado predecesor (Rusia), resultante de un instrumento otorgado en 1889 en virtud del cual el causante se había comprometido a construir una escuela en el territorio al que se refería la sucesión de Estados, había pasado al Estado sucesor (Polonia) [357]. En otro asunto, el Tribunal falló que el crédito del Estado predecesor contra una ciudad situada en el Territorio objeto de la sucesión también había pasado al Estado sucesor [358].

7) En apoyo de los principios que se desprenden de esta jurisprudencia pueden aducirse las disposiciones de varios acuerdos celebrados después de la segunda guerra mundial entre Estados predecesores y sucesores. Por ejemplo, en el caso de la sucesión del Reino Unido por la India y el Pakistán, se estipuló en los acuerdos indo-pakistaníes de diciembre de 1947 que cada uno de los Estados sucesores conservaría el producto de los impuestos recaudados en sus territorios respectivos después del 14 de agosto de 1947 [359]. Por lo que respecta a la sucesión de la India en los territorios franceses de aquel subcontinente, el acuerdo franco-indio de 21 de octubre de 1954 [360] disponía que «en la fecha del traspaso *de facto*, las cuentas públicas locales se consignarán en los libros de pagaduría del territorio», y que «el Gobierno de la India sustituirá al Gobierno francés en todos los créditos».

8) Es cierto que en un caso por lo menos, el del traspaso de Alsacia y Lorena a Alemania en 1871, los Estados predecesor y sucesor interesados hicieron convencionalmente una distinción entre los créditos privados del Tesoro y los créditos relacionados con los impuestos [361]. En efecto, el Protocolo N.º 1 de la Conferencia de Francfort, de 6 de julio de 1871, dice así:

> Hay ciertos créditos que, a causa de su carácter esencialmente privado y en cierto modo personal, son absolutamente distintos de los que lleva consigo el cambio de soberanía. Tal es el caso, en especial, de los anticipos hechos a industriales franceses establecidos en los territorios cedidos [362].

[355] Cour de cassation française, Chambre civile, arrêt du 30 août 1864, Barjaud c. Enregistrement (M. Dalloz, *Jurisprudence générale: Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, primera parte, Bureau de jurisprudence générale, 1864, pág. 351).

[356] *Anuario... 1963*, vol. II, pág. 157, documento A/CN.4/157, párr. 354.

[357] *Ibid.*, pág. 154, párr. 333.

[358] *Ibid.*, pág. 155, párr. 336.

[359] Véase *Keesing's Contemporary Archives*, 1946-1948, Bristol, vol. VI, pág. 9066.

[360] Texto francés en *Recueil des traités et accords de la France*, año 1962, pág. 535, y también en *Journal officiel de l'Inde française*, Pondichery, 22 de octubre de 1954, N.º 105, pág. 567; texto inglés en India, *Foreign Policy of India: Texts of Documents 1947-64*, Nueva Delhi, Lok Sabha (Secretariat), 1966, pág. 212.

[361] Véase Preliminares de paz de 26 de febrero de 1871 (M. de Clerq, *Recueil des traités de la France*, París, Durand, 1880, tomo X, pág. 430), Tratado definitivo de paz del 10 de mayo de 1871 (*ibid.*, pág. 472), Convenio adicional al Tratado de paz de 11 de diciembre de 1871 (*ibid.*, pág. 531), Protocolo N.º 1 de las Conferencias de Francfort, Conferencia de 6 de julio de 1871 (*ibid.*, pág. 503).

[362] *Ibid.*, pág. 507.

Esta es la razón por la cual el artículo VIII del Protocolo final del Convenio adicional de 11 de diciembre de 1871 dispone que

> El Imperio alemán dará al Tesoro francés todo género de facilidades para el cobro de los créditos activos, quirografarios o hipotecarios que tenga derecho a repetir contra deudores domiciliados en los territorios cedidos, en virtud de instrumentos o títulos anteriores al Tratado de paz y no relacionados con los impuestos ordinarios ni con otras contribuciones [363].

No obstante, la distinción establecida en el artículo VIII entre impuestos y créditos no ha constituido, al parecer, un precedente y se justifica sin duda por las circunstancias particulares en que nacieron los créditos a que se refiere dicho artículo.

9) Como el artículo 9, y por las mismas razones, la regla que se formula en el artículo 11 está sujeta a las excepciones enunciadas al comienzo del artículo, a saber: «Salvo lo dispuesto en los artículos de la presente parte y a menos que se haya convenido o decidido otra cosa al respecto». La Comisión se remite, acerca de este punto, a las observaciones que ha expuesto respecto al artículo 9 [364].

10) Durante la elaboración del artículo 11 por la Comisión, varios de sus miembros formularon reservas respecto de este texto. Se hizo observar, primeramente, que la cuestión del paso de los créditos de Estado no entraba dentro del marco de la cuestión de los bienes de Estado, a la que está dedicada la parte del proyecto que comprende el artículo 11. Se sostuvo asimismo, en lo que se refiere a los impuestos pagaderos al Estado predecesor, que éste ya no puede percibirlos después de la fecha de la sucesión de Estados, puesto que ya no ejerce ningún poder en el territorio al que se refiere la sucesión. El Estado sucesor, por su parte, recauda los impuestos en dicho territorio en virtud de su propia soberanía y no de la sucesión de Estados. Otros miembros de la Comisión criticaron el término «pasarán», que figura en la fórmula «los créditos pagaderos al Estado predecesor [...] pasarán al Estado sucesor». A su juicio, este término es demasiado impreciso para llevar a efecto una verdadera cesión de créditos. Finalmente, se hizo observar que, si bien la norma enunciada en el artículo 11 tiene carácter supletorio, la existencia misma de esa norma haría más difícil la negociación entre un Estado predecesor y un Estado sucesor de un acuerdo concerniente al paso de los créditos de Estado basado en otros principios.

11) Habida cuenta de estas reservas y a fin de poner de relieve las cuestiones que plantean, la Comisión ha decidido colocar el artículo 11 entre corchetes.

Artículo X.—Falta de efectos de una sucesión de Estados sobre los bienes de un tercer Estado*

Una sucesión de Estados no afectará en cuanto tal a los bienes, derechos e intereses que, en la fecha de la sucesión de Estados, se hallen situados en el territorio [del Estado predecesor o] del Estado sucesor y que, en esa fecha, pertenezcan a un tercer Estado conforme al derecho interno del Estado predecesor [o, en su caso, del Estado sucesor].

Comentario

1) La norma formulada en el artículo X se deriva del hecho de que una sucesión de Estados, es decir la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio, no puede tener ningún efecto jurídico con respecto a los bienes de un tercer Estado. Antes de presentar comentarios sobre este artículo, la Comisión desea recordar que está situado en la parte I del proyecto, dedicada exclusivamente a la sucesión de Estados en materia de bienes de Estado. Por lo tanto, no puede deducirse ningún argumento *a contrario* del hecho de que en el artículo X no se mencionen para nada los bienes, derechos e intereses privados.

2) Como se subraya en las palabras «en cuanto tal», que figuran después de la expresión «Una sucesión de Estados no afectará», el artículo X sólo trata de la sucesión de Estados. No prejuzga en absoluto las medidas que el Estado sucesor pueda adoptar como Estado soberano con respecto a los bienes de un tercer Estado después de la sucesión de Estados y de conformidad con las normas de otras ramas del derecho internacional.

3) Las palabras «bienes, derechos e intereses» están tomadas del artículo 5, en el que forman parte de la definición de la expresión «bienes de Estado». En el artículo X van seguidas de la cláusula limitativa «que, en la fecha de la sucesión de Estados, se hallen situados en el territorio [del Estado predecesor o] del Estado sucesor». En efecto, la Comisión consideró que era evidente que una sucesión de Estados no puede surtir efectos sobre los bienes, derechos e intereses de un tercer Estado situados fuera de los territorios afectados por la sucesión y que, en consecuencia, el campo de aplicación del artículo X debía limitarse a esos territorios. Algunos miembros de la Comisión opinaron que, en este contexto, el único territorio afectado por la sucesión es el del Estado sucesor y que, por lo tanto, sólo debía mencionarse ese territorio en el artículo X. Otros, en cambio, estimaron que podrían surgir dificultades en ciertas hipótesis respecto de los bienes de un tercer Estado situados en el territorio del Estado predecesor. Citaron el caso de depósitos hechos por un tercer Estado en un banco regional que éste transfiere a un banco central. Si más adelante el territorio donde se encuentra el banco regional pasa a ser independiente, esos depósitos estarán situados en el territorio del Estado predecesor. Es menester, pues, según estos miembros, mencionar expresamente el territorio del Estado predecesor en el artículo X. Ante esta divergencia de puntos de vista, la Comisión decidió poner entre corchetes las palabras «del Estado predecesor o».

4) Las palabras «conforme al derecho interno del Estado predecesor» están también tomadas del artículo 5. Fueron objeto de las siguientes observaciones, que la Comisión desea recordar en el contexto del artículo X.

> La expresión «derecho interno del Estado predecesor» se refiere en el artículo 5 al conjunto de normas del ordenamiento jurídico del Estado predecesor que son aplicables a los bienes de Estado. Para los Estados cuya legislación no está unificada, esos normas comprenden, entre otras, las que determinan el derecho particular

* Designación provisional.

[363] *Ibid.*, pág. 541.

[364] Véanse párrs. 2 y 3 del comentario.

del Estado predecesor —nacional, federal, metropolitano o territorial— que rige cada uno de los bienes de Estado [365].

5) En el artículo X, las palabras «conforme al derecho interno del Estado predecesor» van seguidas de las palabras entre corchetes «[o, en su caso, del Estado sucesor]». Algunos miembros de la Comisión sostuvieron, en efecto, que el derecho interno del Estado sucesor podía ser aplicable para determinar los bienes, derechos e intereses que pertenecen a un tercer Estado. Otros señalaron que, puesto que los bienes, derechos e intereses del tercer Estado existían antes de la fecha de la sucesión de Estados, sólo debía tomarse en consideración el derecho del Estado predecesor para determinar su pertenencia. Al no haber podido llegar a un acuerdo sobre este punto, la Comisión ha colocado las palabras de que se trata entre corchetes.

Artículo 3.—Términos empleados

[Para los efectos de los presentes artículos:

...]

e) se entiende por "tercer Estado" todo Estado distinto del Estado predecesor o el Estado sucesor.

Comentario

La expresión «tercer Estado» no figura en el artículo 2 (Términos empleados) del proyecto sobre la sucesión de Estados en materia de tratados aprobado por la Comisión en 1974. En el comentario a dicho artículo se explica que, en un proyecto sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, no cabe utilizar la expresión «tercer Estado», que tiene ya un sentido técnico en la Convención de Viena, a saber un «Estado que no es parte en el tratado» [366]. Por el contrario, en el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, la Comisión ha estimado que la expresión «tercer Estado» es la más simple y más clara para designar todo Estado distinto del Estado predecesor o el Estado sucesor.

[365] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 211, documento A/9010/Rev.1, cap. III, secc. B, art. 5, párr. 11 del comentario.

[366] *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 177, documento A/9610/Rev.1, cap. II, secc. D, art. 2, párr. 12 del comentario.

Capítulo IV

CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

A.—Introducción

1. Resumen de las deliberaciones de la Comisión

77. En su 16.º período de sesiones, celebrado en 1964, la Comisión examinó una propuesta presentada por uno de sus miembros, el Sr. Jiménez de Aréchaga, en el sentido de que incluyese en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados una disposición relativa a la cláusula de la nación más favorecida [367]. La disposición que se proponía tenía por objeto excluir formalmente esta cláusula de la aplicación de los artículos relativos al problema de los efectos de los tratados respecto de terceros Estados. En apoyo de la propuesta se adujo que los términos amplios y generales en que habían sido aprobados provisionalmente por la Comisión los artículos relativos a los terceros Estados podían oscurecer la distinción entre las disposiciones en favor de terceros Estados y la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, lo cual podía tener particular importancia en relación con el artículo referente a la revocación o modificación de las disposiciones relativas a las obligaciones o los derechos de terceros Estados. La Comisión, no obstante, sin dejar de reconocer la importancia de no prejuzgar la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, estimó que los artículos aludidos no afectaban para nada esas cláusulas y decidió en consecuencia que no había necesidad de incluir una disposición que enunciara una salvedad del tipo que se había propuesto. Respecto de las cláusulas de la nación más favorecida en general, la Comisión no creyó oportuno ocuparse de ellas en la codificación del derecho general de los tratados, si bien estimó que más adelante podría ser apropiado dedicar a la materia un estudio especial [368]. La Comisión mantuvo esta actitud en su 18.º período de sesiones, celebrado en 1966 [369].

78. En su 19.º período de sesiones, celebrado en 1967, la Comisión tomó nota de que, en la Sexta Comisión, durante el vigésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, varios representantes habían insistido en que la Comisión se ocupara de la cláusula de la nación más favorecida como uno de los aspectos del derecho general de los tratados. En vista del interés expresado en la materia y de que la aclaración de sus aspectos jurídicos podía ser de utilidad para la CNUDMI, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema de «la cláusula de la nación más favorecida en el derecho de los tratados» y nombró Relator Especial para esta cuestión al Sr. Endre Ustor [370].

79. En el 20.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1968, el Relator Especial presentó un documento de trabajo en el que daba cuenta de los trabajos preparatorios que había realizado sobre el tema y esbozaba el posible contenido de un informe que se proponía presentar en una fase más avanzada [371]. El Relator Especial presentó también un cuestionario con una lista

[367] *Anuario... 1964*, vol. I, pág. 192, 752.ª sesión, párr. 2.

[368] *Anuario... 1964*, vol. II, pág. 170, documento A/5809, párr. 21.

[369] *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 194, documento A/6309/Rev.1, parte II, párr. 32.

[370] *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 384, documento A/6709/Rev.1, párr. 48.

[371] *Anuario... 1968*, vol. II, pág. 161, documento A/CN.4/L.127.

de puntos concretos acerca de los cuales pidió el parecer de los miembros de la Comisión. Esta, si bien reconoció la importancia fundamental del papel, que representaba la cláusula de la nación más favorecida en la esfera del comercio internacional, dio instrucciones al Relator Especial para que no limitara sus estudios a esa esfera, sino que explorara también los principales campos de aplicación de la cláusula. La Comisión consideró que se debía centrar la atención en la naturaleza jurídica de la cláusula y en las condiciones jurídicas que rigen su aplicación y que habían de aclararse su alcance y efectos como institución jurídica en el contexto de todos los aspectos de su aplicación práctica. Deseaba que sus estudios se basaran en los fundamentos más amplios posibles, sin entrar por ello en materias que escapaban a su competencia. A la luz de estas consideraciones, la Comisión pidió asimismo al Relator Especial que consultara, por conducto de la Secretaría, a todas las organizaciones y los organismos interesados que tuvieran particular experiencia en la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

80. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió abreviar el título del tema de modo que dijera «Cláusula de la nación más favorecida» [372].

81. La Asamblea General, en su resolución 2400 (XXIII) de 11 de diciembre de 1968, recomendó que la Comisión, entre otras cosas, continuase el estudio de la cláusula de la nación más favorecida. Posteriormente, la Asamblea General formuló la misma recomendación en sus resoluciones 2501 (XXIV) de 12 de noviembre de 1969, 2634 (XXV) de 12 de noviembre de 1970, 2780 (XXVI) de 3 de diciembre de 1971 y 2926 (XXVII) de 28 de noviembre de 1972.

82. En el 21.º período de sesiones de la Comisión, el Relator Especial presentó su primer informe [373], en el que hacía historia de la cláusula de la nación más favorecida hasta la segunda guerra mundial y reseñaba especialmente el trabajo realizado al respecto por la Sociedad de las Naciones o con sus auspicios. La Comisión examinó el informe y, aceptando las sugerencias del Relator Especial, pidió a éste que seguidamente preparase un estudio basándose principalmente en las respuestas de las organizaciones y los organismos interesados que habían sido consultados por el Secretario General, así como en los tres asuntos que, en relación con la cláusula, había examinado la Corte Internacional de Justicia [374].

83. De conformidad con las instrucciones de la Comisión, el Relator Especial presentó a ésta su segundo informe [375] en su 22.º período de sesiones, celebrado en 1970. En la parte I de ese informe se presentaba un estudio analítico de las opiniones sobre la naturaleza y función de la cláusula sostenidas por las partes y los magistrados en los tres asuntos de que había conocido la Corte Internacional de Justicia en relación con la cláusula, a saber: el *Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company (competencia)* (1952) [376], el *Asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (sentencia)* (1952) [377] y el *Asunto Ambatielos (cuestión de fondo: obligación de someter a arbitraje)* (1953) [378]. Se trataba también del laudo pronunciado el 6 de marzo de 1956 por la Comisión de Arbitraje establecida en virtud de un acuerdo celebrado el 24 de febrero de 1955 entre el Gobierno de Grecia y el Reino Unido para arbitrar el asunto Ambatielos [379].

84. En la parte II del mismo informe, el Relator Especial presentaba en forma sistemática las respuestas de las organizaciones internacionales y los organismos interesados a una nota circular enviada por el Secretario General con fecha 23 de enero de 1969. En esa nota se pedía a las organizaciones y organismos interesados que presentaran, para su transmisión al Relator Especial, la información derivada de su experiencia en la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida que pudiera ser útil al Relator Especial y a la Comisión en la labor de codificación y desarrollo progresivo de las reglas de derecho internacional en la materia. En especial, se les pedía que señalaran cualquier tratado bilateral o multilateral, declaración, práctica o hecho pertinente y que dieran a conocer su parecer acerca de las reglas vigentes que pudieran colegirse con respecto a la cláusula. Diversas organizaciones internacionales y organismos interesados habían respondido detalladamente a la circular y sus respuestas sirvieron de base para la parte II del segundo informe del Relator Especial.

85. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 22.º (1970) y 23.º (1971).

86. En el 23.º período de sesiones, sin embargo, la Comisión, a sugerencia del Relator Especial, pidió a la Secretaría que preparara, sobre la base de las colecciones de dictámenes jurídicos de que disponía y de la información que había de solicitarse a los gobiernos, un «Compendio de decisiones de los tribunales nacionales relativas a la cláusula de la nación más favorecida» [380].

87. En el 24.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1972, el Relator Especial presentó su tercer informe [381], que contenía cinco artículos de un proyecto sobre la cláusula de la nación más favorecida, con comentarios. En los artículos se definían los términos empleados en el proyecto, y en particular los de «cláusula de la nación más favorecida» (artículo 2) y «trato de la nación más favorecida» (artículo 3) y se estudiaban el fundamento jurídico del trato de la nación más favorecida (artículo 4) y la fuente del derecho del Estado beneficiario (artículo 5).

88. Ocupada en dar cima al proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y al proyecto

[372] *Ibid.*, vol. I, págs. 279 y 280, 987.ª sesión, párrs. 7 a 12.

[373] *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 165, documento A/CN.4/213.

[374] *Anuario... 1969*, pág. 246, documento A/7610/Rev.1, párr. 89.

[375] *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 213, documento A/CN.4/228 y Add.1.

[376] *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 93.

[377] *Ibid.*, pág. 176.

[378] *C.I.J. Recueil 1953*, pág. 10.

[379] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 63.V.3), pág. 91.

[380] *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 375, documento A/8410/Rev.1, párr. 113.

[381] *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 173, documento A/CN.4/257 y Add.1.

de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, la Comisión no pudo examinar el tema en su 24.º período de sesiones, celebrado en 1972.

89. En ese período de sesiones, sin embargo, por sugerencia del Relator Especial, la Comisión pidió a la Secretaría que emprendiese una labor de investigación sobre las cláusulas de la nación más favorecida consignadas en los tratados publicados en la colección de las Naciones Unidas *(Recueil des traités)*. La investigación versaría sobre el campo de aplicación de tales cláusulas y sus relaciones con las cláusulas de trato nacional, las excepciones previstas en los tratados y la práctica concerniente a la sucesión de Estados con respecto a las cláusulas de la nación más favorecida [382].

90. En el 25.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1973, el Relator Especial presentó su cuarto informe [383], que contenía otros tres artículos del proyecto, con comentarios, relativos a la presunción del carácter incondicional de la cláusula (artículo 6), a la regla *ejusdem generis* (artículo 7) y a los derechos adquiridos del Estado beneficiario (artículo 8).

91. También en su 25.º período de sesiones, la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial en sus sesiones 1214.ª a 1218.ª y remitió al Comité de Redacción los artículos 2, 3, 4 y 5 del proyecto contenidos en dicho informe. En su 1238.ª sesión, la Comisión examinó los informes del Comité de Redacción y aprobó en primera lectura los artículos 1 a 7.

92. En el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 25.º período de sesiones se reprodujo, para conocimiento de la Asamblea General, el texto de este proyecto de artículos y los comentarios a los mismos en la forma en que los aprobó la Comisión. Al propio tiempo, la Comisión señaló a la atención de la Asamblea que la aprobación de los siete artículos del proyecto constituye solamente la etapa inicial de su labor de preparación del proyecto de artículos sobre el tema. Así, la Comisión, como es su práctica habitual, ha aprobado solamente con carácter provisional un artículo sobre los términos empleados. La decisión definitiva sobre este artículo no podrá adoptarse, a juicio de la Comisión, sino una vez que ésta haya examinado los artículos sustantivos contenidos en un proyecto completo de artículos [384].

93. En su resolución 3071 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, la Asamblea General recomendaba que la Comisión, entre otras cosas, continuara la preparación del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida. Posteriormente, la Asamblea General formuló la misma recomendación en su resolución 3315 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

94. En el 26.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1974, el Relator Especial presentó su quinto informe [385], que contenía otros trece artículos del proyecto, con comentarios. Los artículos trataban de los efectos de una cláusula incondicional de la nación más favorecida (artículo 6 *bis*) y de una cláusula condicional de la nación más favorecida con reciprocidad material (artículo 6 *ter*); de la observancia de las leyes y reglamentos del Estado concedente (artículo 6 *quater*); del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida respecto de las personas y las cosas (artículo 7 *bis*); de la cláusula de trato nacional (artículo 9); del trato nacional (artículo 10) y del trato nacional en los Estados federales (artículo 10 *bis*); de los efectos de una cláusula incondicional de trato nacional (artículo 11), y de una cláusula de trato nacional con la condición de reciprocidad material (artículo 12); del derecho del Estado beneficiario a recibir trato nacional en virtud de la cláusula de la nación más favorecida (artículo 13); de la acumulación de trato nacional y trato de la nación más favorecida (artículo 14), y del comienzo y la terminación o suspensión de la efectividad de una cláusula de la nación más favorecida (artículos 15 y 16, respectivamente).

95. La Comisión no pudo reanudar el examen del tema en su 26.º período de sesiones ya que tuvo que dedicar la mayor parte del tiempo de dicho período de sesiones a la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y a la preparación de una primera serie de proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

96. En el actual período de sesiones, el Relator Especial ha presentado su sexto informe (A/CN.4/286 [386]), que contiene propuestas relativas a algunos de los artículos del proyecto sobre la cláusula de la nación más favorecida aprobados por la Comisión en su 25.º período de sesiones, así como los artículos del proyecto presentados por él en sus dos informes anteriores, con comentarios adicionales. El informe trata también del caso de las uniones aduaneras y de otras asociaciones semejantes de Estados, así como de la cláusula de la nación más favorecida y los distintos niveles de desarrollo económico de los Estados.

97. La Comisión examinó los informes cuarto, quinto y sexto del Relator Especial en sus sesiones 1330.ª a 1343.ª y remitió al Comité de Redacción los artículos 6, 6 *bis*, 6 *ter*, 6 *quater*, 7, 7 *bis*, 8, 8 *bis*, 13, 14, 15 y 16 contenidos en dicho informe. La Comisión también remitió al Comité de Redacción el texto de un artículo presentado por el Relator Especial durante el curso del período de sesiones (A/CN.4/L.228/Rev.1 [387]), en el que se preveía una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en el caso de un sistema generalizado de preferencias concedidas a países en desarrollo. En sus sesiones 1352.ª y 1353.ª, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó en primera lectura los artículos 8 a 21.

98. El texto de todos los artículos del proyecto sobre la cláusula de la nación más favorecida aprobados hasta la fecha por la Comisión, así como el texto de los artículos 8 a 21 y los comentarios a los mismos en la forma en que han sido aprobados en el presente período de

[382] *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 353, documento A/8710/Rev.1, párrs. 74 y 75.

[383] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 97, documento A/CN.4/266.

[384] *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 215 y 216, documento A/9010/Rev.1, párr. 108.

[385] *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 117, documento A/CN.4/280.

[386] Véase *supra*, pág. 1.

[387] El texto figura en *Anuario... 1975*, vol. I, 1342.ª sesión, párr. 1.

sesiones, se reproducen más adelante para conocimiento de la Asamblea General [388].

99. En el 25.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1973, el Relator Especial indicó a la Comisión los temas que se proponía tratar en los proyectos de artículos que presentaría en informes futuros [389]. De los problemas que enumeró en esa ocasión, aún debía examinar el Relator Especial la cuestión de si el Estado beneficiario tiene derecho —y en qué medida— a ser informado de las ventajas o los beneficios otorgados por el Estado concedente a un tercer Estado, que guarden relación con la cláusula de la nación más favorecida en vigor entre el Estado concedente y el Estado beneficiario. El Relator Especial indicó también que la cuestión de la sucesión de Estados en lo que respecta a las cláusulas de la nación más favorecida podría examinarse más adelante.

100. También en el 25.º período de sesiones, la Secretaría distribuyó un documento titulado «Compendio de decisiones de los tribunales nacionales relativas a la cláusula de la nación más favorecida» [390], preparado de conformidad con la petición hecha por la Comisión [391].

2. Alcance del proyecto de artículos

101. Como ya se ha dicho [392], la idea de que la Comisión emprendiera el estudio de la cláusula de la nación más favorecida surgió en relación con los trabajos sobre el derecho de los tratados. La Comisión estimó que, aunque la cláusula, concebida como estipulación de un tratado, quedaba enteramente comprendida en el ámbito del derecho general de los tratados, era conveniente hacer un estudio especial de ella. Aunque la Comisión consideró que era de particular utilidad emprender este trabajo debido al interés que despertaba la cláusula como dispositivo frecuentemente utilizado en la esfera económica, entendió que su tarea era examinar la cláusula de la nación más favorecida como un aspecto del derecho de los tratados [393]. Al examinar por primera vez la cuestión sobre la base de los trabajos preparatorios del Relator Especial en 1968, la Comisión decidió centrar la atención en la naturaleza jurídica de la cláusula y en las condiciones jurídicas de su aplicación a fin de precisar su alcance y sus efectos como institución jurídica [394].

102. La Comisión mantiene la posición adoptada en 1968 y señala que el hecho de que el título del tema (La cláusula de la nación más favorecida en el derecho de los tratados) pasara a ser «Cláusula de la nación más favorecida» no indica cambio alguno en su intención de estudiar la cláusula como institución jurídica y de examinar las normas de derecho que la rigen. El criterio de la Comisión sigue siendo el mismo: aun cuando reconoce la importancia fundamental de la función de la cláusula de la nación más favorecida en la esfera del comercio internacional, no desea limitar su estudio a la aplicación de la cláusula en esa esfera, sino hacerlo extensivo a la aplicación de la cláusula en todas las esferas posibles.

103. Por otra parte, aunque la Comisión no quiere entrar en campos ajenos a sus funciones, desea tener en cuenta todos los acontecimientos recientes que guarden relación con la codificación o el desarrollo progresivo de normas relativas a la aplicación de la cláusula. A este respecto, la Comisión ha procurado en especial ver de qué manera la necesidad de ofrecer a los países en desarrollo preferencias en forma de excepciones a la cláusula de la nación más favorecida en la esfera de las relaciones económicas, puede encontrar expresión en normas jurídicas [395].

104. La Comisión ha limitado además el alcance del presente proyecto de artículos con la inserción de las disposiciones de los artículos 1 y 3 en el proyecto, por las razones que se indican en los comentarios a esos artículos [396].

3. La cláusula de la nación más favorecida y la cláusula de trato nacional

105. En el 25.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1973, el Relator Especial, a petición del Relator de la Comisión, que le rogó indicara a la Comisión los temas que se proponía tratar en los futuros proyectos de artículos, expresó su intención de examinar, entre otras cosas, la interacción entre la aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida y las cláusulas de trato nacional, especialmente la obtención de las ventajas de estas últimas por la acción de las cláusulas de la nación más favorecida [397].

106. En su quinto informe, el Relator Especial propuso varios proyectos de artículos relativos al trato nacional y a la cláusula de trato nacional (artículos 9 y ss.) [398]. Ello le pareció oportuno en vista de la estrecha relación que existe entre la cláusula de la nación más favorecida y la cláusula de trato nacional y del hecho de que ambas cláusulas aparecen con frecuencia una junto a la otra en los tratados y algunas veces figuran combinadas, así como para poder tratar las importantes cuestiones que suscita la concurrencia de ambas cláusulas [399].

107. En su sexto informe (A/CN.4/286 [400]), el Relator Especial reiteró su creencia de que no era posible omitir en el proyecto, sin riesgo de dejarlo incompleto, el examen de la cláusula de trato nacional y el trato nacional paralelamente al estudio de la cláusula de la nación

388 Véase *infra*, secc. B.

389 *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 216, documento A/9010/Rev.1, párr. 110. Véase también *Anuario... 1973*, vol. I, pág. 84, 1217.ª sesión, párr. 76.

390 *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 118, documento A/CN.4/269. En adelante se denominará «Compendio de la Secretaría».

391 Véase párr. 86 *supra*.

392 Véase párr. 77 *supra*.

393 Véase párr. 78 *supra*.

394 Véase párr. 79 *supra*.

395 Véanse *infra* párrs. 113 y ss. y comentario al artículo 21.

396 Véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 218 a 220, documento A/9010/Rev.1, cap. IV, secc. B.

397 *Ibid.*, pág. 216, documento A/9010/Rev.1, párr. 110.

398 Véase párr. 94 *supra*.

399 Véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 124, documento A/CN.4/280, arts. 9 y 10, párr. 1 del comentario.

400 Véase *supra*, pág. 1.

más favorecida y del trato de la nación más favorecida. En consecuencia, proponía mencionar explícitamente tanto la cláusula de la nación más favorecida como la cláusula de trato nacional en los artículos aplicables a las dos cláusulas (A/CN.4/286, párrs. 2 a 4).

108. En el presente período de sesiones, la Comisión examinó, en sus sesiones 1330.ª y 1336.ª, la cuestión de si el proyecto debería o no ocuparse también de las cláusulas de trato nacional y del trato nacional, particularmente en relación con los proyectos de artículos 9 y 10 propuestos por el Relator Especial, que indican el sentido que debe atribuirse a esos dos términos para los efectos del proyecto. Después de un debate general en el que se expresaron opiniones divergentes, la Comisión acordó concentrar su labor en el presente período de sesiones en la formulación de proyectos de normas que se refiriesen concretamente a las cláusulas de la nación más favorecida y al trato de nación más favorecida. Con todo, la Comisión aprobó dos artículos que se refieren, respectivamente, al derecho al trato nacional en virtud de una cláusula de la nación más favorecida (artículo 16) y al trato de la nación más favorecida, trato nacional (u otro trato), con respecto a la misma materia (artículo 17) [401]. Puede ser que la Asamblea General estime oportuno pronunciarse sobre la cuestión de si debe darse más amplitud al proyecto que se está preparando en lo que se refiere al trato nacional y a la cláusulas de trato nacional.

4. La cláusula de la nación más favorecida y el principio de la no discriminación

109. La Comisión examinó la relación e interacción entre la cláusula de la nación más favorecida, por una parte, y el principio de la no discriminación, por otra. Estudió en particular la cuestión de si el principio de la no discriminación entrañaba o no la generalización del trato de nación más favorecida.

110. La Comisión reconoció hace ya algunos años que la regla de la no discriminación es «una regla general que es una consecuencia de la igualdad de los Estados» [402] y que la no discriminación es «una norma general que se deduce de la igualdad soberana de los Estados»[403]. La Asamblea General, en su resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, aprobó la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en la que, entre otras cosas, se proclama que

> Los Estados deben conducir sus relaciones internacionales en las esferas económica, social, cultural, técnica y comercial, de conformidad con los principios de la igualdad soberana [...].

111. A juicio de la Comisión, la cláusula de la nación más favorecida puede considerarse como un instrumento o medio de promover la igualdad de los Estados o la no discriminación. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado que la intención de la cláusula es «establecer y mantener en todo momento una igualdad fundamental sin discriminación entre los países interesados» [404].

112. La Comisión ha advertido, sin embargo, que la estrecha relación entre la cláusula de la nación más favorecida y el principio general de la no discriminación no debe oscurecer las diferencias que existen entre los dos conceptos. Esas diferencias se hacen patentes en los artículos pertinentes de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas [405] y la Convención de Viena sobre relaciones consulares [406]. Ambas Convenciones contienen un artículo que dice, entre otras cosas, lo siguiente:

> 1. En la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, el Estado receptor no hará ninguna discriminación entre los Estados.
>
> 2. Sin embargo, no se considerará como discriminatorio:
>
> ...
>
> *b*) que, por costumbre o acuerdo, los Estados se concedan recíprocamente un trato más favorable del requerido en las disposiciones de la presente Convención [407].

Estas disposiciones reflejan la norma evidente de que, si bien los Estados están obligados por el deber que les impone el principio de la no discriminación, tienen, no obstante, libertad para conceder ventajas especiales a otros Estados por motivo de alguna relación especial geográfica, económica, política o de otro carácter. En otras palabras, el principio de la no discriminación puede considerarse como una norma general que puede ser siempre invocada por cualquier Estado. Pero un Estado no puede invocar normalmente ese principio contra otro Estado que haya concedido un trato particularmente favorable a un tercer Estado, siempre que el Estado interesado sea objeto él mismo de un trato general no discriminatorio en condiciones de igualdad respecto de otros Estados. El derecho a ser asimilado a un Estado que goza de una posición favorable sólo puede reivindicarse fundándose en un compromiso expreso del Estado que otorga las ventajas, consignado en una estipulación convencional, es decir, en una cláusula de la nación más favorecida.

5. La cláusula de la nación más favorecida y los diferentes niveles de desarrollo económico

113. La Comisión, desde las primeras etapas de su trabajo, cobró conciencia del problema que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida crea en la esfera de las relaciones económicas cuando existe una desigualdad marcada en los niveles de desarrollo de los Estados interesados. Recordó el informe titulado «El comercio internacional y la cláusula de la nación más favorecida», preparado por la secretaría de la UNCTAD («memorando de la UNCTAD»), en el que se dice, entre otras cosas:

---

[401] Véase *infra* secc. B.

[402] *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 112, documento A/3859, cap. III, secc. II, art. 44, párr. 1 del comentario.

[403] *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 142, documento A/4843, cap. II, secc. IV, art. 70, párr. 1 del comentario.

[404] *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (arrêt)* (*C.I.J. Recueil 1952*, pág. 192).

[405] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 162.

[406] *Ibid.*, vol. 596, pág. 392.

[407] Artículo 47 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y artículo 72 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a todos los países, cualquiera que sea su nivel de desarrollo, satisfaría las condiciones de una igualdad formal, pero en realidad entrañaría una discriminación implícita contra los miembros más débiles de la comunidad internacional. Ello no significa rechazar con carácter permamente la cláusula de la nación más favorecida. [...] El reconocimiento de las necesidades de los países en desarrollo en cuanto a comercio y progreso exige que durante un tiempo determinado no se aplique la cláusula de la nación más favorecida a determinados tipos de relaciones comerciales internacionales [408].

114. La Comisión recordó también el octavo Principio general de la recomendación A.I.1 aprobada en el primer período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en el que se dice, entre otras cosas:

El comercio internacional debe realizarse de manera que resulte mutuamente ventajoso, sobre la base del trato de nación más favorecida, y deberá estar exento de toda medida que vaya en perjuicio de los intereses comerciales de otros países. Sin embargo, los países desarrollados deberán conceder preferencias a todos los países en desarrollo y ampliar a estos países todas las preferencias que se conceden mutuamente entre sí, sin que al conceder estas u otras preferencias, exijan en compensación preferencia alguna de los países en desarrollo. Deberán hacerse en general a los países en desarrollo nuevas concesiones preferenciales, arancelarias y no arancelarias, sin que dichas concesiones preferenciales se extiendan a los países desarrollados. Los países en desarrollo no necesitarán extender a los países desarrollados el trato preferencial que esté vigente entre ellos [409].

115. Al aludir a la cuestión de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en las relaciones comerciales entre Estados que se encuentran en diferentes niveles de desarrollo económico, la Comisión se percató de que no podía penetrar en esferas ajenas a su competencia y de que no le correspondía examinar cuestiones económicas o sugerir normas acerca de la organización del comercio internacional. No obstante, la Comisión reconoció que la aplicación de la cláusula en la esfera de las relaciones económicas, especialmente en lo que se refiere a los países en desarrollo, plantea graves cuestiones, algunas de las cuales guardan relación con el trabajo de la Comisión sobre la materia. La Comisión empezó a examinar [410], sobre la base del sexto informe del Relator Especial, la cuestión de las excepciones a la aplicación de la cláusula. Reconoce la importancia de la cuestión y se propone volver a tratarla en el curso de su labor futura.

6. CARÁCTER GENERAL DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

116. Los artículos relativos a la cláusula de la nación más favorecida están llamados a complementar la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados [411]. La Comisión considera que esa Convención constituye hoy la exposición más autorizada del derecho general de los tratados. En consecuencia, el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida presupone la existencia de las disposiciones de la Convención de Viena y se concibe como un complemento de la Convención, que es el «marco esencial». Habiéndose enunciado en dicha Convención las normas generales relativas a los tratados, el proyecto de artículos contiene normas particulares aplicables a ciertas clases de disposiciones convencionales, a saber, las cláusulas de la nación más favorecida.

117. Como ya indicó la Comisión en el 25.º período de sesiones, celebrado en 1973,

El que una disposición de un tratado quede o no comprendida en el ámbito de una cláusula de la nación más favorecida es una cuestión de interpretación. Las cláusulas de la nación más favorecida pueden redactarse de los modos más diversos, y por esta razón una eminente autoridad en la materia ha afirmado que,

«Aunque se acostumbra a hablar de *la* cláusula de la nación más favorecida, hay diversos tipos de cláusula, y en consecuencia todo intento de generalizar acerca del significado y los efectos de esas cláusulas debe hacerse y aceptarse con cautela.»

Dicho en otras palabras: «no existe en términos estrictos *la* cláusula de la nación más favorecida; cada tratado debe ser examinado independientemente» [412].

De ahí que el proyecto de artículos deba entenderse en general sin perjuicio de las disposiciones en que puedan convenir las partes en el tratado que contenga la cláusula o de cualquier otro modo. Este carácter supletorio puede destacarse insertando en cada uno de los artículos, según proceda, una cláusula preliminar como la que figura entre corchetes al comienzo del proyecto de artículo 16: «Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa al respecto» [413]. También puede reconocerse expresamente ese carácter en un artículo de aplicación general a todas las disposiciones que sean de la misma naturaleza. La Comisión espera tomar en su próximo período de sesiones una decisión respecto de una de las dos posibilidades que se acaba de indicar.

118. La Comisión se da perfecta cuenta de que la aplicación de las reglas relativas a las cláusulas de la nación más favorecida puede plantear dificultades especiales por cuanto esas reglas remiten a menudo, expresa o implícitamente, al derecho interno y, por consiguiente, su aplicación puede hacer entrar en juego las reglas relativas a los conflictos de leyes. No obstante, la Comisión sigue ateniéndose a la esfera del derecho internacional público, persuadida de que las dificul-

[408] Véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 248, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 188.

Un miembro de la Comisión recordó la definición aristotélica de la igualdad:

«Habrá la misma igualdad entre las partes que entre las personas ya que la proporción entre las partes debe ser igual a la proporción entre las personas, pues si las personas no son iguales no tendrán partes iguales; las discordias y las quejas surgen cuando los iguales poseen o reciben partes desiguales, o los que no lo son partes iguales [a].

» [a] Aristóteles, *Etica a Nicómaco*, V, iii, 6.» (*Anuario... 1968*, vol. I, pág. 209, 976ª sesión, párr. 6.)

[409] Véase *Actas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, vol. I, *Acta Final e Informe* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 64.II.B.11), pág. 12.

[410] Véase *infra* comentario al artículo 21.

[411] Para el texto de la Convención, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311. La Convención se denominará en adelante «Convención de Viena».

[412] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 2, documento A/9010/Rev.1, cap. IV, secc. B, párr. 13 del comentario al artículo 4.

[413] Véase *infra* art. 16, párr. 9 del comentario.

tades de aplicación, en ciertos casos concretos, son inherentes a la materia y de que la existencia de tales dificultades no resta utilidad a la adopción de reglas que tengan el carácter de normas de derecho internacional general.

B.—Proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida

119. A continuación se reproduce, para conocimiento de la Asamblea General, el texto de los artículos 1 a 21 aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.º y 27.º, así como el texto de los artículos 8 a 21 y los comentarios a los mismos, aprobados por la Comisión en el 27.º período de sesiones.

1. Texto de los artículos 1 a 21 aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 25.º y 27.º

Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplican a las cláusulas de la nación más favorecida contenidas en tratados entre Estados.

Artículo 2.—Términos empleados

Para los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

b) se entiende por «Estado concedente» un Estado que concede el trato de la nación más favorecida;

c) se entiende por «Estado beneficiario» un Estado al que se concede el trato de la nación más favorecida;

d) se entiende por «tercer Estado» todo Estado distinto del Estado concedente o del Estado beneficiario.

Artículo 3.—Cláusulas excluidas del alcance de los presentes artículos

El hecho de que los presentes artículos no se apliquen ni 1) a una cláusula sobre el trato de la nación más favorecida contenida en un acuerdo internacional entre Estados no celebrado por escrito, ni 2) a una cláusula contenida en un acuerdo internacional en virtud de la cual un Estado se obliga a conceder a un sujeto de derecho internacional distinto de un Estado un trato no menos favorable que el otorgado a cualquier sujeto de derecho internacional, ni 3) a una cláusula contenida en un acuerdo internacional en virtud de la cual un sujeto de derecho internacional distinto de un Estado se obliga a conceder a un Estado el trato de la nación más favorecida, no afectará:

a) al efecto jurídico de tal cláusula;

b) a la aplicación a tal cláusula de cualquiera de las normas enunciadas en los presentes artículos a que estuviere sometida en virtud del derecho internacional, independientemente de estos artículos;

c) a la aplicación de las disposiciones de los presentes artículos a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de cláusulas por las que unos Estados se obliguen a conceder el trato de la nación más favorecida a otros Estados, cuando tales cláusulas figuren en acuerdos internacionales celebrados por escrito en los que sean asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.

Artículo 4.—Cláusula de la nación más favorecida

Por «cláusula de la nación más favorecida» se entiende una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado se obliga a conceder el trato de la nación más favorecida a otro Estado en una esfera convenida de relaciones.

Artículo 5.—Trato de la nación más favorecida

Por «trato de la nación más favorecida» se entiende un trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a personas o cosas que se hallan en determinada relación con ese Estado, no menos favorable que el trato otorgado por el Estado concedente a un tercer Estado o a personas o cosas que se hallan en la misma relación con un tercer Estado.

Artículo 6.—Fundamento jurídico del trato de la nación más favorecida

Ninguna disposición de los presentes artículos implicará que un Estado tiene derecho a que otro Estado le conceda el trato de la nación más favorecida salvo en virtud de una obligación jurídica.

Artículo 7.—Fuente y alcance del trato de la nación más favorecida

El derecho del Estado beneficiario a obtener del Estado concedente el trato que éste otorga a un tercer Estado o a personas o cosas que se hallan en determinada relación con un tercer Estado dimana de la cláusula de la nación más favorecida en vigor entre el Estado concedente y el Estado beneficiario.

El trato a que tiene derecho el Estado beneficiario en virtud de esa cláusula se determina por el trato que otorga el Estado concedente al tercer Estado o a las personas o cosas que se hallan en dicha relación con el tercer Estado.

Artículo 8.—Incondicionalidad de las cláusulas de la nación más favorecida

Una cláusula de la nación más favorecida en un tratado es incondicional salvo que ese tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto.

Artículo 9.—Efecto de una cláusula incondicional de la nación más favorecida

Si una cláusula de la nación más favorecida no está sujeta a condiciones, el Estado beneficiario adquiere el derecho al trato de la nación más favorecida sin la obligación de otorgar reciprocidad material al Estado concedente.

Artículo 10.—Efecto de una cláusula de la nación más favorecida condicionada a reciprocidad material

Si una cláusula de la nación más favorecida está sujeta a la condición de reciprocidad material, el Estado beneficiario adquiere el derecho al trato de la nación más favorecida sólo al otorgar la reciprocidad material al Estado concedente.

Artículo 11.—Alcance de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida

1. En virtud de una cláusula de la nación más favorecida, el Estado beneficiario adquiere, para sí o en interés de personas o cosas que se hallen en una determinada relación con él, solamente aquellos derechos que estén comprendidos en el ámbito de la materia objeto de la cláusula.

2. El Estado beneficiario adquiere los derechos a que se refiere el párrafo 1 solamente respecto de las categorías de personas o cosas que se especifican en la cláusula o resultan implícitamente de la materia objeto de ella.

Artículo 12.—Derechos que se adquieren en virtud de una cláusula de la nación más favorecida

1. El Estado beneficiario sólo adquiere para sí los derechos a que se refiere el artículo 11 si el Estado concedente concede a un tercer Estado un trato que entra dentro del ámbito de la materia objeto de la cláusula de la nación más favorecida.

2. El Estado beneficiario sólo adquiere los derechos respecto de las personas o cosas comprendidas en las categorías a que se refiere el párrafo 2 del artículo 11 si tales personas o cosas: *a)* pertenecen a la

misma categoría de personas o cosas que las que gozan del trato concedido por el Estado concedente a un tercer Estado, y *b*) se hallan con el Estado beneficiario en la misma relación en que se hallan con ese tercer Estado tales personas o cosas.

Artículo 13.—No pertinencia del hecho de que el trato se conceda gratuitamente o mediante contraprestación

El Estado beneficiario, para sí o en interés de personas o cosas que se hallen en una determinada relación con él, adquiere en virtud de una cláusula de la nación más favorecida el derecho al trato de la nación más favorecida independientemente de que el trato del Estado concedente a un tercer Estado o a las personas o cosas que se hallen en la misma relación con ese tercer Estado se haya concedido gratuitamente o mediante contraprestación.

Artículo 14.—No pertinencia de las restricciones convenidas entre el Estado concedente y el tercer Estado

El Estado beneficiario tiene derecho al trato concedido por el Estado concedente a un tercer Estado, se haya concedido o no ese trato en virtud de un acuerdo por el que se limite su aplicación a las relaciones entre el Estado concedente y el tercer Estado.

Artículo 15.—No pertinencia del hecho de que el trato se conceda en virtud de un acuerdo bilateral o de un acuerdo multilateral

El Estado beneficiario tiene derecho al trato concedido por el Estado concedente a un tercer Estado independientemente de que ese trato se haya concedido en virtud de un acuerdo bilateral o de un acuerdo multilateral.

Artículo 16.—Derecho al trato nacional en virtud de una cláusula de la nación más favorecida

[Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa al respecto,] el Estado beneficiario tiene derecho al trato concedido por el Estado concedente a un tercer Estado, se haya concedido o no ese trato como trato nacional.

Artículo 17.—Trato de la nación más favorecida y trato nacional [u otro trato] con respecto a la misma materia

Si un Estado concedente se ha comprometido en virtud de un tratado a otorgar a un Estado beneficiario el trato de la nación más favorecida y el trato nacional [u otro trato] con respecto a la misma materia, el Estado beneficiario tendrá derecho a acogerse al trato que prefiera en cualquier caso particular.

Artículo 18.—Comienzo del goce de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida

1. El derecho del Estado beneficiario a un trato en virtud de una cláusula de la nación favorecida no sujeta a la condición de reciprocidad material nace en el momento en que el Estado concedente concede el trato pertinente a un tercer Estado.

2. El derecho del Estado beneficiario a un trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida sujeta a la condición de reciprocidad material nace en el momento en que el Estado beneficiario comunica al Estado concedente su consentimiento en conceder la reciprocidad material respecto de ese trato.

Artículo 19.—Terminación o suspensión del goce de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida

1. El derecho del Estado beneficiario a un trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida termina o queda suspendido en el momento en que termina o queda suspendida la concesión del trato pertinente por el Estado concedente.

2. El derecho del Estado beneficiario a un trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida sujeta a la condición de reciprocidad material termina o queda suspendido también en el momento en que el Estado beneficiario comunica al Estado concedente la etrminación o suspensión de tal reciprocidad material.

Artículo 20.—Ejercicio de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida y observancia de las leyes y reglamentos del Estado concedente

El ejercicio de los derechos que dimanan de una cláusula de la nación más favorecida para el Estado beneficiario y las personas o cosas que se hallen en una determinada relación con ese Estado está sujeto a la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes del Estado concedente. No obstante, esas leyes y reglamentos no deberán aplicarse de modo que el trato del Estado beneficiario y de las personas o cosas que se hallen en una determinada relación con ese Estado resulte menos favorable que el del tercer Estado o el de las personas o cosas que se hallen en la misma relación con ese tercer Estado.

Artículo 21.—La cláusula de la nación más favorecida y el trato concedido dentro del marco de un sistema generalizado de preferencias [414]

Un Estado beneficiario no tiene derecho en virtud de una cláusula de la nación más favorecida al trato concedido por un Estado concedente desarrollado a un tercer Estado en desarrollo, sobre una base no recíproca, dentro del marco de un sistema generalizado de preferencias establecido por ese Estado concedente.

2. Textos de los artículos 8 a 21 y comentarios a los mismos aprobados por la Comisión en su 27.º período de sesiones

Artículo 8.—Incondicionalidad de las cláusulas de la nación más favorecida

Una cláusula de la nación más favorecida en un tratado es incondicional salvo que ese tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto.

Artículo 9.—Efecto de una cláusula incondicional de la nación más favorecida

Si una cláusula de la nación más favorecida no está sujeta a condiciones, el Estado beneficiario adquiere el derecho al trato de la nación más favorecida sin la obligación de otorgar reciprocidad material al Estado concedente.

Artículo 10.—Efecto de una cláusula de la nación más favorecida condicionada a reciprocidad material

Si una cláusula de la nación más favorecida está sujeta a la condición de reciprocidad material, el Estado beneficiario adquiere el derecho al trato de la nación más favorecida sólo al otorgar la reciprocidad material al Estado concedente.

Comentario a los artículos 8, 9 y 10

Forma condicional e interpretación condicional

1) Para explicar la necesidad de una disposición como la que se enuncia en el artículo 8 hay que hacer referencia a los antecedentes de las cláusulas de la nación más favorecida llamadas «condicionales» y a la interpretación «condicional» de las cláusulas en las que no se estipula ninguna condición.

2) Fue en el siglo XVIII cuando en el tratado concertado entre Francia y los Estados Unidos el 6 de febrero

[414] La Comisión aprobó provisionalmente el presente texto del artículo 21 a reserva de ulterior examen y posible mejora en primera lectura en el curso del período de sesiones del año próximo.

de 1778, se utilizó por primera vez la forma «condicional». El artículo II de ese tratado dice así:

Su Majestad Cristianísima y los Estados Unidos se comprometen recíprocamente a no otorgar ningún privilegio especial a otras naciones, en materia de comercio y navegación, que no se haga extensivo inmediatamente a la otra parte, que gozará del mismo privilegio libremente, si la concesión se hizo libremente, o mediante la misma compensación, si la concesión fue condicional [415].

Se ha dicho que esta cláusula condicional se insertó en el tratado de 1778 por insistencia de Francia. Aun admitiendo que la iniciativa fuera francesa, la forma condicional de la cláusula encajó muy bien con los intereses políticos y económicos de los Estados Unidos durante largo tiempo [416].

3) La frase «libremente, si la concesión se hizo libremente, o mediante la misma compensación [o su equivalente], si la concesión fue condicional», sirvió de modelo para casi todos los tratados comerciales celebrados por los Estados Unidos antes de 1923. Hasta ese año, los tratados comerciales celebrados por los Estados Unidos incluían (con sólo tres excepciones) promesas condicionales por parte de ese país, en vez de promesas incondicionales [417].

4) La diferencia entre la cláusula incondicional y la forma condicional de la cláusula, tal como se aplicó en la práctica de los Estados Unidos de América hasta 1923, fue explicada claramente por el Departamento de Estado en 1940:

En virtud de la cláusula de la nación más favorecida estipulada en un tratado o acuerdo bilateral relativo al comercio, cada una de las partes se compromete a hacer extensivas a las mercaderías del país de la otra parte un trato no menos favorable que el trato que otorga a mercaderías similares provenientes de cualquier tercer país. La forma incondicional de la cláusula de la nación más favorecida dispone que todo favor, ventaja, privilegio o inmunidad que una de las partes pueda otorgar a las mercaderías de cualquier tercer país se hará extensivo inmediata e incondicionalmente a mercaderías similares provenientes del país de la otra parte. Sólo en esta forma establece la cláusula un trato no discriminatorio completo y permanente. En virtud de la forma condicional de la cláusula, ninguna parte está obligada a hacer extensivas inmediata e incondicionalmente a los productos similares de la otra parte las ventajas que pueda otorgar a productos de terceros países a cambio de concesiones recíprocas; solamente está obligada a hacer extensivas esas ventajas cuando la otra parte hace concesiones «equivalentes» a las concesiones hechas por esos terceros países [...] [418].

5) La forma condicional de la cláusula predominó también en Europa después de la era napoleónica. Se ha afirmado que quizá el 90% de las cláusulas consignadas en los tratados celebrados entre 1830 y 1860 tenían forma condicional [419]. La forma condicional fue virtualmente abandonada al celebrarse el tratado comercial entre Francia y la Gran Bretaña de 23 de enero de 1860, llamado frecuentemente «Tratado Cobden» o «Tratado Chevalier-Cobden», que eran los nombres del principal negociador inglés, Richard Cobden, partidario apasionado del librecambio y del *laissez-faire*, y de su interlocutor francés, Michel Chevalier, asesor económico de Napoléon III [420]. Por este tratado, Inglaterra y Francia redujeron considerablemente sus aranceles aduaneros, abolieron las prohibiciones en materia de importación y se otorgaron recíproca e incondicionalmente el trato de la nación más favorecida.

6) El Tratado Chevalier-Cobden fue el punto de partida de una serie de acuerdos comerciales en los que se estipulaba una cláusula incondicional con un ámbito de aplicación más amplio que en cualquier otra época de su historia. El liberalismo económico imperante llevó la cláusula incondicional a su máxima efectividad. En el período que siguió a la concertación del Tratado Chevalier-Cobden, la forma y la interpretación incondicional de la cláusula predominaron totalmente en las relaciones entre países europeos [421].

7) La cláusula condicional resultó útil para los Estados Unidos mientras éstos fueron importadores netos y tuvieron como objetivo primordial proteger el crecimiento de su sistema industrial. Cuando después de la primera guerra mundial cambió la situación de los Estados Unidos en la economía mundial, la cláusula condicional dejó de responder a sus necesidades. Para penetrar eficazmente en los mercados internacionales era indispensable suprimir la discriminación contra los productos estadounidenses y ello sólo podía conseguirse mediante la cláusula incondicional [422].

8) Al explicar por qué los Estados Unidos habían descartado la práctica de recurrir al tipo condicional de la cláusula de la nación más favorecida, la Comisión Arancelaria de ese país señaló lo siguiente:

[...] la utilización por los Estados Unidos de la interpretación condicional de la cláusula de la nación más favorecida viene suscitando desde hace medio siglo frecuentes controversias entre los Estados Unidos y los países europeos, y seguirá suscitándolas si se persiste en esta práctica [423].

9) Instando al Senado a que aprobara un cambio en la política de los Estados Unidos en materia de comercio, el Secretario de Estado Hughes escribió en 1924:

[415] W. M. Malloy, *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between the United States of America and other Powers, 1776-1909*, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1910, vol. I, pág. 468.

[416] V. G. Setser, «Did Americans Originate the Conditional Most-Favoured-Nation Clause?», *The Journal of Modern History*, Chicago, vol. V (septiembre de 1933), págs. 319 a 323.

[417] C. C. Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied, by the United States*, 2.ª ed. rev., Boston, Little, Brown and Co., 1947, vol. II, pág. 1504.

[418] Estados Unidos de América, Departamento de Estado, *Bulletin N.º 58*, de 3 de agosto de 1940, citado en M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 14, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1970, pág. 751.

[419] L. E. Visser, «La clause de la nation la plus favorisée dans les traités de commerce», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 2.ª serie, vol. IV (1902), págs. 66, 159 y 270. Citado por R. C. Snyder, *The Most-Favoured-Nation Clause: An Analysis with Particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs*, Nueva York, King's Crown Press, Columbia University, 1948, pág. 41.

[420] *British and Foreign State Papers, 1859-1860*, vol. 50, Londres, Ridgway, 1867, pág. 13.

[421] A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, ed. rev., Nueva York, MacMillan, 1954, pág. 202.

[422] R. C. Snyder, *op. cit.*, pág. 243; y E. T. Usenko, capítulo sobre tratados comerciales en Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética [F. I. Kojevnikov *et al.*, editores], *Kurs Mezhdunarodnogo Prava*, vol. IV, Moscú, Nauka, 1968, pág. 251.

[423] Citado por C. C. Hyde, *op. cit.*, pág. 1506, nota 13.

[...] El interés y objetivo fundamental de este país consistía en lograr la igualdad de trato, pero la cláusula condicional de la nación más favorecida no producía en realidad una igualdad de trato y no podía garantizarla. Se limitaba a prometer una posibilidad de negociar ese trato. Además, la determinación de lo que podría constituir una compensación equivalente en la aplicación del principio condicional de la nación más favorecida resultaba difícil, si no impracticable. Los acuerdos comerciales recíprocos eran sólo expedientes provisionales; daban lugar a constantes negociaciones y creaban incertidumbre. En las condiciones actuales, el creciente comercio exterior de los Estados Unidos requiere una garantía de igualdad de trato que no puede ofrecer la forma condicional de la cláusula de la nación más favorecida.

Mientras nosotros perseverábamos en aplicar la política de trato condicional de la nación más favorecida, los principales países comerciales de Europa y, en realidad, la mayoría de los países del mundo, adoptaban y aplicaban la política de trato incondicional de la nación más favorecida: cada concesión que hacía un país a otro se generalizaba en favor de todos los países a los que el país estaba obligado por tratado a hacer extensivo el trato de la nación más favorecida [...]. Cuando nosotros tratamos de obtener de otros países extranjeros compromisos en el sentido de que se abstendrán de practicar la discriminación, debemos estar dispuestos a asumir esos compromisos, y la historia ha demostrado que esos compromisos pueden resultar adecuados sólo en los términos del trato incondicional de la nación más favorecida [424].

10) La cláusula condicional, tal como la aplicaron hasta 1923 los Estados Unidos, desapareció por completo del escenario internacional. M. Virally da la siguiente explicación:

[...] la supresión del automatismo en la cláusula de la nación más favorecida, ostensiblemente para asegurar mejor la reciprocidad, no logra su objetivo y hace perder toda utilidad a la cláusula misma. Este hecho, así como la tendencia hacia la expansión del intercambio que caracteriza hoy en día la política comercial de todos los Estados, explican el abandono general de la cláusula condicional en la práctica convencional reciente [425].

11) A causa de este abandono general, la forma condicional de la cláusula sólo tiene ahora un interés histórico. Todas las autoridades consultadas coinciden en reconocer que esta forma de la cláusula ha caído totalmente en desuso [426].

Interpretación condicional de una cláusula incondicional

12) En el siglo pasado y en los primeros decenios del actual, la doctrina y la práctica internacionales estaban divididas acerca de la interpretación de una cláusula de la nación más favorecida en la que no constara expresamente su carácter condicional o incondicional [427]. La causa de la división fue la entonces constante práctica de los Estados Unidos con arreglo a la cual se presumía que la cláusula era condicional incluso si su carácter no estaba expresamente indicado [428].

13) La posición estadounidense se remonta a la época de la compra de la Luisiana, es decir, al tratado del 30 de abril de 1803 por el que Francia cedió la Luisiana a los Estados Unidos. El artículo 8 de este tratado disponía que «los buques de Francia serán tratados lo mismo que los de las naciones más favorecidas» en los puertos del territorio cedido. Conforme a esta disposición, el Gobierno francés pidió en 1817 que se concedieran a Francia en los puertos de la Luisiana las ventajas otorgadas a la Gran Bretaña en todos los puertos de los Estados Unidos. Las ventajas otorgadas a la Gran Bretaña estaban basadas en una ley del Congreso de 3 de marzo de 1815. Esta ley eximía a los navíos de otros países del pago de derechos discriminatorios en los puertos de los Estados Unidos, con la condición de que se reconociera una exención análoga a los navíos estadounidenses en los puertos de esos países. Esta exención fue otorgada por la Gran Bretaña, pero no por Francia, con el resultado de que los buques franceses continuaron pagando derechos discriminatorios en los puertos de los Estados Unidos, en tanto que los navíos británicos quedaron exentos. La petición de Francia fue rechazada fundándose en que la cláusula no significaba que Francia debiera disfrutar como concesión graciosa de lo que se otorgaba a otras naciones mediante plena contrapartida. La posición de los Estados Unidos fue explicada como sigue:

Es obvio —dijo el Sr. Adams— que si los buques franceses fueran admitidos en los puertos de la Luisiana previo pago de los mismos derechos que los buques de los Estados Unidos, recibirían, no el trato de la nación más favorecida, según el artículo invocado, sino un trato más favorable que el reconocido a cualquier otra nación, pues otras naciones, con excepción de Inglaterra, pagan derechos de tonelaje más altos, y la exención de que disfrutan los buques ingleses no es una concesión graciosa, sino una adquisición realizada a un precio justo y equivalente.

Sin embargo, Francia no admitió la validez de esta posición y mantuvo su demanda en la correspondencia diplomática canjeada al respecto hasta 1831, año en que se resolvió el asunto por un tratado en el que prácticamente se aceptó la interpretación de los Estados Unidos [429].

14) No sólo pasaron los Estados Unidos del uso de las cláusulas condicionales al de las cláusulas incondicionales en su política comercial y su práctica relativa a los tratados sobre la materia, sino que se modificó también la interpretación de las cláusulas condicionales restantes. En el momento de la celebración del Tratado de 1923 entre los Estados Unidos y Alemania, la posición estadounidense

[424] G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1943, pág. 273.

[425] M. Virally, «Le principe de réciprocité en droit international contemporain», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967-III*, Leiden, Sijthoff, 1969, vol. 122, pág. 74.

[426] R. C. Snyder, *op. cit.*, pág. 56. Véase también G. Jaenicke, «Meistbegünstigungsklausel», en K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2.ª ed. (Schlochauer), vol. II, Berlín, de Gruyter, 1961, pág. 498; P. Level, «Clause de la nation la plus favorisée», en *Encyclopédie Dalloz-Droit International*, París, Dalloz, 1968, vol. I, pág. 333, párr. 5; E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1972, pág. 23.

[427] S. Basdevant, «Clause de la nation la plus favorisée», en A. G. de Lapradelle y J. P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, París, Sirey, 1929, vol. III, pág. 479, párr. 73.

[428] Véase C. C. Hyde, «Concerning the interpretation of treaties», *American Journal of International Law*, Wáshington (D.C.), vol. 3, N.º 1, enero de 1909, pág. 57.

[429] J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1906, vol. V, págs. 257 a 260. Véase también G. W. Wickersham, Relator del Comité de Expertos encargado de la codificación progresiva del derecho internacional, publicaciones de la Sociedad de las Naciones, 1927.V.10 (C.205.M.79.1927.V), pág. 7.

fue expresada por el Secretario de Estado Hughes en los términos siguientes:

Hay aparentemente un malentendido que deseo rectificar. Puede aducirse que con las cláusulas de la nación más favorecida en el tratado que se negocia con Alemania haríamos extensivos automáticamente a otras Potencias los privilegios otorgados a Alemania sin obtener las ventajas que nos da el tratado con este país. Esto no es exacto. Damos a Alemania explícitamente el trato incondicional de la nación más favorecida que Alemania nos otorga. No damos el trato incondicional de la nación más favorecida a otras Potencias a menos que estén dispuestas a celebrar con nosotros básicamente el mismo tratado que ha concertado Alemania. El trato de la nacion mas favorecida se otorgaría a otras Potencias sólo en virtud de nuestros tratados con ellas, y estos tratados, en su forma actual, no incluyen el trato incondicional de la nación mas favorecida. No podemos concertar tratados con todas las Potencias al mismo tiempo, pero si el Senado aprueba el tratado que hemos celebrado con Alemania procuraremos negociar tratados similares con otras Potencias y esas otras Potencias no obtendran un trato incondicional de la nación más favorecida a menos que celebren con nosotros tratados similares al celebrado con Alemania [430].

15) Sin embargo, diez años más tarde, el Secretario de Estado Hull adoptó la posición menos rígida según la cual la concesión de un beneficio a un país en virtud de una cláusula incondicional de la nación más favorecida equivale a otorgarlo libremente dentro del marco de una cláusula condicional de la nación más favorecida, con el resultado de que el beneficio debe otorgarse inmediatamente y sin compensación de conformidad con la cláusula condicional. En armonía con esta interpretación, cuando en 1946 los Estados Unidos trataron de obtener renuncias a las cláusulas de la nación más favorecida en tratados existentes para conceder preferencias arancelarias en régimen de reciprocidad a la mayor parte de los productos filipinos a raíz de la independencia de Filipinas, trataron de obtener esas renuncias de los países con los que los Estados Unidos tenían cláusulas condicionales así como de los países con los que tenían tratados que contenían cláusulas incondicionales [431]. La consecuencia de este cambio de interpretación fue un sistema en el que el trato condicional se confundía hasta cierto punto con el trato incondicional.

16) La posición británica y de los países de Europa continental a fines del siglo pasado y a comienzos del presente era que las concesiones otorgadas mediante contraprestación podían reclamarse justificadamente en virtud de una cláusula de la nación más favorecida. Conforme a esa posición:

[ ] El fundamento de la teoría estadounidense reside en el sistema anglosajón de los contratos y en la exigencia de reciprocidad de beneficios para la formación del contrato (contraprestación). Pero esta aplicación de la teoría no se justifica en este caso, pues la nación que ha adquirido el trato igualitario ha pagado por anticipado los derechos de terceros que pueda adquirir por ese concepto, ya que ha otorgado a la otra parte contratante el mismo trato igualitario y el derecho de recibir a su vez los beneficios de terceros [ ]. La busqueda de «equivalentes» destinados a pagar por vía convencional los derechos de terceros, impuesta a los contratantes, equivale a declarar que en sí la clausula de la nación más favorecida no otorga absolutamente nada. Por ultimo, desde el punto de vista aduanero, el sistema norteamericano lleva a un sistema preferencial basado en beneficios otorgados a ciertas naciones y rehusados a otras; los Estados que hayan modificado sus aranceles no tienen ya equivalentes que ofrecer [432].

Práctica y opiniones doctrinales más recientes

17) El Comité Económico de la Sociedad de las Naciones, basándose en razones económicas, se manifestó resueltamente en favor del uso de cláusulas incondicionales de la nación más favorecida en materias aduaneras. A continuación se reproducen algunos pasajes de sus conclusiones:

La cláusula de la nación más favorecida entraña el derecho a exigir, y la correspondiente obligación de conceder, toda reducción de derechos y tasas y todo privilegio concedidos a la nación más favorecida, independientemente de que las reducciones y los privilegios se otorguen en forma unilateral o en virtud de convenciones con terceros.

Así considerada, la clausula otorga toda una serie de ventajas cuya magnitud depende realmente del alcance de las concesiones otorgadas a otros países. [..] Al mismo tiempo, constituye una garantía, en el sentido de que prevé completa y, por así decirlo, automáticamente, una igualdad de trato plena y total con respecto al país más favorecido en la materia de que se trate.

Sin embargo, para que produzca esos resultados, la cláusula debe interpretarse en el sentido de que el gobierno que haya otorgado el trato de la nación más favorecida está obligado a conceder a la otra parte contratante todas las ventajas otorgadas a un tercer país, en forma inmediata e *ipso jure*, sin que la otra parte tenga que dar nada en concepto de contraprestación. En otras palabras, la cláusula debe ser incondicional.

Como es sabido, en algunos casos se han insertado en los tratados cláusulas condicionales de la nación más favorecida, mientras que en otros las cláusulas existentes de la nación más favorecida se han interpretado en un sentido condicional, con el resultado de que una reducción de los derechos aduaneros otorgada a un país determinado a cambio de una concesión concreta puede no otorgarse a un tercer país, salvo a cambio de concesiones idénticas o equivalentes. Esta opinión se basa en la concepción de que todo país que no haga en una materia determinada las mismas concesiones que otro no tiene derecho a obtener a ese respecto las mismas ventajas, aun cuando haya otorgado concesiones más amplias por otros conceptos. Sin embargo, nunca se insistira demasiado en que una cláusula condicional de ese tipo —para cuya justificación se arguye que, si no concede igualdad de aranceles, ofrece al menos iguales oportunidades— no tiene nada en comun con la que la Conferencia Económica Internacional de 1927 recomendó se adoptara en la medida más amplia posible.

Ello representa en realidad la negación de la cláusula de la nación mas favorecida, ya que la esencia misma de ésta consiste en excluir toda clase de discriminación, en tanto que la cláusula condicional constituye, por su naturaleza misma, un método discriminatorio y no ofrece ninguna de las ventajas de la cláusula de la nación más favorecida propiamente dicha, con la que se trata de evitar los conflictos económicos, simplificar el comercio internacional y establecerlo sobre cimientos más sólidos. Además, puede oponérsele una objeción de mucho peso, a saber que no es equitativa para los países que aplican muy pocos, o muy bajos, derechos aduaneros y que, por lo tanto, se encuentran en peor situación para negociar que los que aplican muchos o muy elevados derechos.

Además, se ha indicado con mucha razón que la concesión de la cláusula condicional significa realmente una negativa cortés a otorgar la de la nación mas favorecida y que la verdadera importancia de esa «cláusula condicional» estriba en que es un *pactum de contrahendo*

[430] M. Whiteman, *op. cit.*, pág. 754.

[431] *Ibid.*, pág. 753.

[432] S. Basdevant, *loc. cit.*, págs. 479 y 480, párr. 77, que cita, entre otros, a P. L. E. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain suivant les progrès de la science et la pratique contemporaines*, París, Durand et Pédone-Lauriel, 1888, vol. IV, pág. 394.

por el cual los Estados contratantes se comprometen a entablar más adelante negociaciones para concederse recíprocamente ciertas ventajas análogas o correlativas a las concedidas antes a terceros países.

...

Por consiguiente, puede llegarse a la conclusión de que el primer principio fundamental, implícito en la concepción del trato de la nación más favorecida, es que ese trato debe ser *incondicional* [433].

18) El Instituto de Derecho Internacional, en el párrafo 1 de su resolución 1936, titulada «Efectos de la cláusula de la nación más favorecida en materia de comercio y de navegación», sostuvo que

La cláusula de la nación más favorecida tiene, salvo disposiciones expresas en contrario, carácter incondicional.

En consecuencia, la cláusula confiere de pleno derecho y sin compensación, en materia de comercio y de navegación, a los nacionales, mercaderías y buques de los países contratantes el régimen de que disfrute todo país tercero [434].

19) Otros autores sostienen esta norma en términos generales, sin restringirla a materias comerciales:

En caso de duda, la cláusula de la nación más favorecida debe ser considerada incondicional [435].

Por ser propia para limitar la aplicación de la cláusula, la condición no puede sobreentenderse [436].

En principio, la cláusula es de tipo incondicional [...]. Aunque se autorice a las altas partes contratantes para estipular el carácter condicional de la cláusula, éste no se presume y, en consecuencia, no es carácter esencial de la cláusula [...] [437].

En ausencia de una mención expresa de que la cláusula sea condicional, hay acuerdo [...] para considerarla de tipo incondicional [438].

20) En la práctica seguida por la Unión Soviética y otros países socialistas en materia de tratados comerciales, se aplica siempre la cláusula de la nación más favorecida en su forma incondicional y gratuita. En muchos tratados esto estipula expresamente ese carácter, pero, incluso sin disposición expresa al efecto, se entiende que la cláusula de la nación más favorecida otorga el trato de nación más favorecida de tipo incondicional y sin compensación. Esto se desprende del hecho de que en esos tratados no se prevé ninguna reserva relativa a compensaciones o contraprestaciones [439].

21) En cuanto a la práctica británica, se ha señalado que

En principio se deben interpretar las cláusulas de la nación más favorecida como de tipo incondicional [...] «estas cláusulas tienen siempre el mismo sentido aunque la palabra [incondicional] no figure expresamente» [440].

El mismo autor agrega:

Sin embargo, se debe restringir esta norma de interpretación con la excepción de que no puede aplicarse contra un país del cual se sepa que, como parte de su política nacional sobre tratados, ha adoptado la cláusula de la nación más favorecida de tipo condicional [441].

22) El representante de los Estados Unidos sostuvo al respecto una posición más equilibrada ante la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto relativo a los derechos de los súbditos de los Estados Unidos de América en Marruecos (1952):*

Los Estados Unidos están totalmente de acuerdo en que el significado de la cláusula debería determinarse atendiendo a la intención de las partes en esa época. La única diferencia que nos separa de nuestros distinguidos adversarios es que ellos querrían interpretar la cláusula como condicional remitiéndose únicamente a la práctica de los Estados Unidos al interpretar *otros* tratados firmados en *otras* circunstancias, y no por lo que los Estados Unidos y Marruecos perseguían al firmar los tratados que son objeto de litigio ante esta Corte [442].

También es pertinente el siguiente pasaje de un Memorando del Asesor del Departamento de Estado (Moore) de fecha 8 de octubre de 1913:

Es oportuno señalar que la denominada cláusula de la nación más favorecida no es invariable. Durante los últimos 25 años, los Estados Unidos se han visto obligados en dos ocasiones a renunciar a su interpretación, al encontrarse con prueba documental de que, durante la negociación del correspondiente tratado, se había reconocido expresamente que la cláusula controvertida tendría el efecto más amplio que reivindicaban las otras partes contratantes [443].

Condiciones no relacionadas con el trato concedido por el Estado concedente al tercer Estado

23) En los párrafos precedentes del comentario a los presentes artículos, así como por lo general en la doctrina y la práctica relativas a las cláusulas de la nación más favorecida, se entiende que una cláusula es condicional si está redactada en una forma semejante a la que aparecía en la práctica de los Estados Unidos hasta 1923. El hecho de que, como se ha indicado anteriormente, se haya abandonado esta forma, no significa que los Estados no puedan incorporar a sus acuerdos de la nación más favorecida otros tipos de condiciones que no guardan relación con el trato concedido por el Estado otorgante a un tercer Estado.

24) Es perfectamente posible concertar un acuerdo en virtud del cual, por ejemplo, se prometa el trato incondicional de la nación más favorecida al Estado bene-

---

[433] Véase *Anuario... 1969*, vol. II, págs. 184 y 185, documento A/CN.4/213, anexo I.

[434] *Ibid.*, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II.

[435] P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 2.ª ed. rev. y aum., Ginebra, Georg, 1967, vol. I, pág. 211.

[436] P. Level, *loc. cit.*, pág. 333, párr. 5, que cita el asunto de la North Atlantic Coast Fisheries, de fecha 7 de septiembre de 1910, ante el Tribunal Permanente de Arbitraje [véase Naciones Unidas, *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. XI (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 61.V.4), pág. 167], y J. Basdevant, «L'affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique», *Revue générale de droit international public*, París, vol. XIX, 1912, págs. 538 y ss.

[437] P. Level, *loc. cit.*, pág. 338, párr. 35.

[438] D. Vignes, «La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine», *Recueil des cours... 1970-II*, Leiden, Sijthoff, 1971, vol. 130, pág. 219, quien también cita en apoyo de esta opinión a D. P. O'Connell, *International Law*, Londres, Stevens, 1970, vol. I, pág. 268, y J. Dehaussy, *Juris-classeur de droit international*, Fasc. 12-B, *Sources du droit international—Les traités (Effets: Situation des Etats tiers et de leurs ressortissants)*, París, Editions techniques, 1959, vol. 5, pág. 7, párr. 15.

[439] Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *Kurs... (op. cit.)*, 1968, vol. IV, pág. 251.

[440] G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens, 1971, pág. 137, quien hace citas de *British and Foreign State Papers, 1885-1886*, vol. 77, Londres, Ridgway, 1893, pág.796.

[441] *Ibid.*

[442] Réplica de 26 de julio de 1952 [*C.I.J. Mémoires, Affaire du Maroc (France c. U.S.A.)*], vol. II, pág. 318. Para un texto más completo, véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 223, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 52.

[443] G. H. Hackworth, *op. cit.*, pág. 279.

ficiario con la condición de que éste confiera determinadas ventajas económicas (por ejemplo, un préstamo a largo plazo) o políticas al Estado concedente. Es posible asimismo señalar condiciones para el comienzo o la terminación del goce del trato de la nación más favorecida, etc. Estas u otras condiciones, por supuesto, tienen que figurar en la cláusula o en el tratado que la contiene, o ser objeto de acuerdo entre el Estado otorgante y el Estado beneficiario.

25) Los artículos aprobados por la Comisión no tratan explícitamente de la cláusula condicional llamada de tipo norteamericano, que ha caído en desuso, ni de otras condiciones «independientes» que «se distinguen del interés privilegiado y se refieren únicamente a algo que la otra parte debe hacer o no hacer para reunir los requisitos que le confieren el carácter de nación más favorecida» [444]. Sin embargo, la Comisión prestó atención especial a un tipo de cláusula condicional, a saber: la cláusula de la nación más favorecida sujeta a la condición de reciprocidad material.

La cláusula y la reciprocidad formal

26) Al hablar de reciprocidad en relación con la cláusula de la nación más favorecida hay que tener presente que, normalmente, las cláusulas de la nación más favorecida se otorgan sobre una base de reciprocidad, es decir, las dos partes en un tratado bilateral o todas las partes en un tratado multilateral se conceden mutuamente el trato de la nación más favorecida en una esfera determinada de relaciones. Esta reciprocidad formal es una característica normal de la cláusula incondicional de la nación más favorecida: podría decirse que es su elemento esencial. En la actualidad, las cláusulas unilaterales de la nación más favorecida se dan sólo excepcionalmente.

27) Se puede citar como ejemplo el tratado de 13 de octubre de 1909, en virtud del cual Suiza otorgó unilateralmente el trato de la nación más favorecida a Alemania e Italia respecto del uso del ferrocarril construido en el San Gotardo, en Suiza [445]. La cláusula unilateral puede aparecer, por ejemplo, en un tratado en el que se otorgue a los buques de un Estado sin litoral el trato de la nación más favorecida en los puertos del Estado otorgante. Como el Estado sin litoral no está en condiciones de ofrecer una contraprestación de la misma naturaleza, la cláusula sigue siendo unilateral; claro está que en el mismo tratado puede preverse otro tipo de contraprestación a cambio de la concesión del trato de la nación más favorecida. Así, en el artículo 11 del Tratado de comercio y navegación celebrado entre la República Socialista Checoslovaca y la República Democrática Alemana el 25 de noviembre de 1959, este último Estado otorgó unilateralmente el trato de la nación más favorecida a «los buques mercantes checoslovacos y sus cargamentos [...] en lo que se refiere a su entrada, salida y permanencia en puertos de la República Democrática Alemana» [446]. Una situación análoga puede plantearse cuando el tratado se refiere específicamente al comercio y a los aranceles aduaneros aplicables exclusivamente a un determinado tipo de producto (por ejemplo, las naranjas), respecto del cual el comercio entre las dos partes contratantes tiene lugar en un solo sentido.

28) El anexo F, parte II, del Tratado relativo a la creación de la República de Chipre, firmado en Nicosia el 16 de agosto de 1960, contiene una promesa unilateral, o más bien un *pactum de contrahendo*, concerniente a futuros acuerdos sobre la concesión unilateral del trato de la nación más favorecida. El pasaje pertinente dice:

> La República de Chipre otorgará, mediante acuerdo en el que se especifiquen las condiciones aplicables, el trato de la nación más favorecida al Reino Unido, Grecia y Turquía con respecto a todos los acuerdos, sea cual fuere su naturaleza [447].

29) Figuran cláusulas unilaterales de la nación más favorecida, con reciprocidad formal, en los Tratados de Paz que las Potencias Aliadas y Asociadas concertaron en 1947 con Bulgaria [448] (artículo 29), Hungría [449] (artículo 33), Rumania [450] (artículo 31), Finlandia [451] (artículo 30) e Italia [452] (artículo 82). Figura también una cláusula de este género en el Tratado de Estado relativo al restablecimiento de una Austria independiente y democrática [453] (artículo 29).

30) La mera estipulación de la reciprocidad formal no transforma una cláusula unilateral en cláusula bilateral (como señaló el Relator del Instituto de Derecho Internacional) [454]. Así se desprende, por ejemplo, de las siguientes disposiciones del artículo 33 del Tratado de Paz con Hungría:

> [...] el Gobierno húngaro [...] otorgará a cada una de las Naciones Unidas que, en la práctica, otorguen recíprocamente a Hungría un trato similar en esferas análogas el siguiente trato:
>
> *a*) En todo lo que se refiera a aranceles y derechos sobre [...] se otorgará a las Naciones Unidas un trato incondicional de la nación más favorecida; [...] [455].

El sentido de esta cláusula es claro: el derecho de las Naciones Unidas a reclamar el trato de la nación más favorecida, aunque subordinado a la reciprocidad, seguía siendo un derecho unilateral; esta disposición no daba a Hungría el derecho a exigir el trato de la nación más favorecida.

La cláusula condicionada a reciprocidad material (réciprocité trait pour trait)

31) Pese a que actualmente se puede considerar que la fórmula estadounidense de la cláusula de tipo condicional virtualmente ha desaparecido, aún existe la cláusula de la nación más favorecida subordinada a la condición de reciprocidad material. Es de señalar, no obstante, que la aplicación de esta forma de la cláusula

[444] R. C. Snyder, *op. cit.*, pág. 21.

[445] P. Guggenheim, *op. cit.*, pág. 207.

[446] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 374, pág. 121.

[447] *Ibid.*, vol. 382, pág. 145.

[448] *Ibid.*, vol. 41, pág. 21.

[449] *Ibid.*, pág. 135.

[450] *Ibid.*, vol. 42, pág. 3.

[451] *Ibid.*, vol. 48, pág. 203.

[452] *Ibid.*, vol. 49, pág. 3.

[453] *Ibid.*, vol. 217, pág. 223.

[454] P. Pescatore, «La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, Basilea, vol. 53, t. 1, pág. 204, nota 3.

[455] Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 41, pág. 205.

se limita a esferas determinadas, como las inmunidades y funciones consulares, las cuestiones de derecho internacional privado y los asuntos que normalmente están regulados en los tratados de establecimiento.

32) En el 20.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional [456] un miembro señaló que cuando a principios del decenio de 1920 los Estados Unidos trocaron su política de trato condicional de la cláusula de la nación más favorecida por la política de trato incondicional en lo tocante a asuntos comerciales, ello no fue acompañado de un cambio análogo en relación con los derechos y privilegios consulares, con respecto a los cuales continuó utilizando la cláusula condicional (o más bien la cláusula condicionada a reciprocidad material).

33) En una carta de fecha 20 de enero de 1967, el Departamento de Estado informó a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado que la mayoría de los acuerdos consulares celebrados por los Estados Unidos de América contenían una disposicón sobre inmunidad de jurisdicción penal que es aplicable al personal consular si el Estado que envía interesado acepta conceder un trato recíproco a los funcionarios consulares norteamericanos [457].

34) Como ejemplo de este tipo de cláusula basada en la reciprocidad material se puede citar el artículo 14 de la Convención Consular entre Italia y Turquía, de 9 de septiembre de 1929, en el cual se dice lo siguiente:

> Los funcionarios consulares de cada una de las Altas Partes Contratantes disfrutarán asimismo, en condiciones de reciprocidad, en el territorio de la otra Parte, de los mismos privilegios e inmunidades que los funcionarios consulares de una tercera Potencia que tengan el mismo carácter y rango, en tanto estos últimos disfruten de tales privilegios.
>
> Las Altas Partes Contratantes convienen en que ninguna de ellas podrá invocar el beneficio resultante de una convención con una tercera Potencia para reclamar en favor de sus funcionarios consulares privilegios e inmunidades distintos o más amplios de los concedidos por ella misma a los funcionarios consulares de la otra Parte [458].

35) Constituye un ejemplo más reciente de una disposición de esta índole el artículo 3 de la Convención sobre establecimiento y navegación entre el Reino de Suecia y la República francesa, suscrita en París el 16 de febrero de 1954, cuyo texto es el siguiente:

> A reserva de la aplicación efectiva de la norma de reciprocidad, los nacionales de cada una de las Altas Partes Contratantes que residan en el territorio de la otra Parte Contratante tendrán derecho a dedicarse, en el territorio de la otra Parte Contratante, en las mismas condiciones que los nacionales de la nación más favorecida, al ejercicio de cualquier comercio o industria, así como al de cualquier arte o profesión, que no esté reservado a los nacionales [459].

36) Otro ejemplo reciente puede encontrarse en la Convención Consular entre la República Popular Polaca y la República Federativa Socialista de Yugoslavia, suscrita en Belgrado el 17 de noviembre de 1958, cuyo artículo 46 dice lo siguiente:

> Cada una de las Partes Contratantes se compromete a conceder a la otra el trato de nación más favorecida en todas las cuestiones relativas a los privilegios, inmunidades, derechos y funciones de los cónsules y del personal consular. No obstante, ninguna de las Partes Contratantes podrá invocar la cláusula de la nación más favorecida para solicitar privilegios, inmunidades y derechos distintos o más amplios que los que conceda a su vez a los cónsules y al personal consular de la otra Parte Contratante [460].

37) La cláusula condicionada a reciprocidad material puede considerarse una forma simplificada de la cláusula tradicional de tipo condicional [461]. Según Alice Piot:

> Este sistema parece más claro y más práctico que el anterior; en efecto, no se remite a la contraprestación aportada por el Estado favorecido, sino que tiende a una perfecta simetría de las prestaciones otorgadas por el Estado concedente y el Estado beneficiario de la cláusula. En resumen, trata de establecer una reciprocidad punto por punto, lo que implica una cierta simetría en las legislaciones. Como dice Niboyet: «Esta reciprocidad diplomática tiene, pues, una cabeza internacional, pero ambos pies son nacionales. Es un tríptico».
>
> ...
>
> Desde el punto de vista de la lógica pura, eso es bastante satisfactorio en teoría, pero no tanto en la práctica. En efecto, y sin hablar de las dificultades que plantea siempre la interpretación de la reciprocidad, este sistema presenta el inconveniente de reducir el beneficio, si lo hay, de la cláusula de la nación más favorecida, sin suprimir los inconvenientes que dimanan de ella para el Estado concedente; ciertamente, el Estado beneficiario sólo puede hacer entrar en juego la cláusula a condición de ofrecer las mismas ventajas que reclama, pero el carácter unilateral de esa acción tendrá casi siempre como consecuencia que las prestaciones recíprocas, aunque formalmente equivalentes, serán materialmente muy distintas [462].

38) Claro está que los autores de cláusulas de la nación más favorecida subordinadas a la condición de reciprocidad no aspiran a obtener para sus compatriotas en el extranjero el mismo trato que se concede a los nacionales de otros países (la igualdad con los competidores es de suprema importancia en materia de comercio y especialmente en lo relativo a los derechos aduaneros). Lo que les interesa es una forma distinta de igualdad; es el igual trato concedido por los Estados contratantes a sus nacionales respectivos. De ahí que Level opine que:

> La cláusula de la nación más favorecida subordinada a la reciprocidad no parece ser un factor de unificación y simplificación de las relaciones internacionales, lo que hace perder a la cláusula los méritos excepcionales que antes se le atribuían [463].

Texto de los artículos aprobados por la Comisión habida cuenta de las consideraciones que anteceden

39) El artículo 8 aprobado por la Comisión dispone, de conformidad con las normas generales del derecho de los tratados, que una cláusula de la nación más favorecida en un tratado es incondicional salvo que ese tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto. Los artículos 9 y 10 se refieren al efecto de una cláusula incondicional de la nación más favorecida y al de una cláusula de la nación más favorecida con-

---

[456] *Anuario... 1968*, vol. I, pág. 209, 976.ª sesión, párr. 8.

[457] M. Whiteman, *op. cit.*, págs. 752 y 753.

[458] Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXXIX, pág. 204.

[459] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 228, pág. 140.

[460] *Ibid.*, vol. 432, pág. 323.

[461] *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 175, documento A/CN.4/213, párr. 58.

[462] A. Piot, «La clause de la nation la plus favorisée», *Revue critique de droit international privé*, París, vol. 45, N.º 1, enero-marzo de 1956, págs. 9 y 10.

[463] P. Level, *loc. cit.*, pág. 338, párr. 37.

dicionada a reciprocidad material, respectivamente. Conforme al artículo 9, en el caso de una cláusula incondicional de la nación más favorecida, el Estado beneficiario adquiere el derecho al trato de la nación más favorecida (según se define en el artículo 5 [464]) sin que de ello dimane para él la obligación de otorgar la reciprocidad material al Estado otorgante. El artículo 10, por el contrario, dispone que, en el caso de una cláusula de la nación más favorecida condicionada a reciprocidad material, el Estado beneficiario adquiere el derecho al trato de la nación más favorecida sólo al otorgar la reciprocidad material al Estado concedente.

40) Una cláusula de la nación más favorecida puede quedar sujeta a la condición de reciprocidad material en virtud de lo estipulado en la propia cláusula, en virtud de otra disposición del tratado que la contiene o de cualquier otro tratado o en virtud de cualquier otro tipo de acuerdo entre el Estado concedente y el Estado beneficiario.

41) Se entiende por reciprocidad material un trato de la misma especie e igual medida. Hay reciprocidad material, por ejemplo, cuando el Estado concedente y el Estado beneficiario permiten el acceso a sus respectivos tribunales de los nacionales del otro Estado sin previo depósito de una fianza de arraigo *(cautio judicatum solvi)* o, asimismo, cuando cada uno de ellos permite a los nacionales del otro el libre ejercio de cierto tipo de comercio. En la doctrina francesa, este concepto se denomina *réciprocité trait par trait.* Como se verá en relación con el artículo 18, este tipo de cláusula de la nación más favorecida no tiene el mismo carácter automático que la cláusula en su forma incondicional, porque el Estado beneficiario no puede gozar del trato otorgado por el Estado concedente a un tercer Estado sino después de haber dado al Estado concedente la seguridad de que le concederá, o concederá a personas o cosas que se hallan en determinada relación con él, un trato de la misma especie.

42) Las condiciones de reciprocidad de una cláusula de la nación más favorecida pueden dar lugar a graves problemas de interpretación, sobre todo si las normas aplicables de los países interesados difieren considerablemente entre sí [465]. Sin embargo, esta dificultad que es consustancial a la regla no altera su validez.

43) El comienzo y la terminación o suspensión de la efectividad de una cláusula de la nación más favorecida condicionada a reciprocidad material se estudian más adelante [466].

Artículo 11.—Alcance de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida

1. En virtud de una cláusula de la nación más favorecida, el Estado beneficiario adquiere, para sí o en interés de personas o cosas que se hallen en una determinada relación con él, solamente aquellos derechos que estén comprendidos en el ámbito de la materia objeto de la cláusula.

2. El Estado beneficiario adquiere los derechos a que se refiere el párrafo 1 solamente respecto de las categorías de personas o cosas que se especifican en la cláusula o resultan implícitamente de la materia objeto de ella.

Artículo 12.—Derechos que se adquieren en virtud de una cláusula de la nación más favorecida

1. El Estado beneficiario sólo adquiere para sí los derechos a que se refiere el artículo 11 si el Estado concedente concede a un tercer Estado un trato que entra dentro del ámbito de la materia objeto de la cláusula de la nación más favorecida.

2. El Estado beneficiario sólo adquiere los derechos respecto de las personas o cosas comprendidas en las categorías a que se refiere el párrafo 2 del artículo 11 si tales personas o cosas: *a*) pertenecen a la misma categoría de personas o cosas que las que gozan del trato concedido por el Estado concedente a un tercer Estado, y *b*) se hallan con el Estado beneficiario en la misma relación en que se hallan con ese tercer Estado tales personas o cosas.

Comentario a los artículos 11 y 12

Ambito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida respecto de la materia objeto de la misma

1) La regla que a veces se denomina *ejusdem generis* es reconocida y afirmada en general por la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales y por la práctica diplomática. A. D. McNair explica la esencia de la regla de la forma gráfica siguiente:

> Supongamos que una cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado comercial entre el Estado A y el Estado B da derecho al Estado A a reivindicar del Estado B el trato que el Estado B concede a cualquier otro Estado. Esta cláusula no daría derecho al Estado A a exigir al Estado B la extradición de un presunto delincuente basándose en que el Estado B ha convenido en conceder la extradición de los presuntos delincuentes del mismo tipo al Estado C, o en que voluntariamente concede tal extradicion. La razón de esto, que parece basarse en la intención común de las partes, reside en que la cláusula sólo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado [467].

Aunque el significado de la regla es claro, su aplicación no resulta siempre sencilla. La selección de casos que figura a continuación, tomada de la abundante práctica en la materia, puede ilustrar las dificultades y soluciones del problema.

2) En el Asunto de la *Anglo-Iranian Oil Company* (1952), la Corte Internacional de Justicia declaró lo siguiente:

> El Reino Unido ha aducido también, en forma totalmente diferente, un argumento relativo a la cláusula de la nación más favorecida. Según este razonamiento, si Dinamarca puede plantear ante la Corte cuestiones relativas a la aplicación de su Tratado de 1934 con el Irán, pero el Reino Unido no puede plantear ante la Corte cuestiones

[464] Véase *supra* secc. B, subsecc. 1.

[465] H. Battifol, *Droit international privé*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, 4.ª ed., págs. 213 y 214, N.º 188.

[466] Véanse *infra* los artículos 18 y 19 y los comentarios a los mismos.

[467] A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 287.

relativas a la aplicación del mismo Tratado, a cuyos beneficios tiene derecho en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, el Reino Unido no recibe el trato de la nación más favorecida. Ahora bien, *a la Corte le basta con observar que la cláusula de la nación más favorecida de los tratados de 1857 y 1903 concertados entre el Irán y el Reino Unido no guarda relación alguna con las cuestiones jurisdiccionales que se susciten entre los dos Gobiernos**. Si Dinamarca tiene derecho, en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto, a someter a la Corte cualquier controversia relativa a la aplicación de su Tratado con el Irán, ello obedece a que ese Tratado es posterior a la ratificación de la Declaración del Irán. Esto no puede suscitar ninguna cuestión relativa al trato de la nación más favorecida [468].

3) En el *Asunto Ambatielos* [469], la Comisión de Arbitraje expuso en su laudo de 6 de marzo de 1956 la siguiente opinión acerca del artículo X (cláusula de la nación más favorecida) del Tratado anglo-griego de 1886 sobre Comercio y Navegación:

La Comisión [de Arbitraje] no considera necesario expresar una opinión sobre la cuestión general de si la cláusula de la nación más favorecida no puede producir nunca el efecto de que sus beneficiarios obtengan el trato que les corresponde según las normas generales de derecho internacional, ya que en el presente caso los efectos de la cláusula se limitan expresamente a «todo privilegio, favor o inmunidad, sea cual fuere, que una de las Partes Contratantes haya concedido ya o conceda en adelante a los súbditos o ciudadanos de cualquier otro Estado», trato que evidentemente no procedería si el único objeto de estas disposiciones fuese concederles el trato que les corresponda de conformidad con las normas generales de derecho internacional.

Por otra parte, la Comisión [de Arbitraje] sostiene que la cláusula de la nación más favorecida *sólo puede aplicarse a cuestiones que pertenezcan a la misma categoría que las que son objeto de la propia cláusula**.

La Comisión [de Arbitraje] opina que en el presente caso la aplicación de esta regla puede llevar a conclusiones diferentes de las expuestas por el Gobierno del Reino Unido.

Según el Tratado de 1886, en el campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida están incluidos «todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación». No parece que esta expresión tenga por sí sola un significado estrictamente definido. La variedad de disposiciones contenidas en los tratados de comercio y navegación prueba que en la práctica el significado dado a la misma es bastante flexible. Por ejemplo, se observará que la mayoría de estos tratados contienen disposiciones relativas a la administración de justicia. Esto sucede precisamente en el propio Tratado de 1886, cuyo párrafo 3 del artículo XV garantiza a los súbditos de ambas partes contratantes «libre acceso a los tribunales de justicia para el ejercicio y la defensa de sus derechos». Esto sucede también en los demás tratados mencionados por el Gobierno griego respecto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

Es cierto que la «administración de justicia», si se la considera aisladamente, constituye una materia diferente de «el comercio y la navegación». Pero esto no sucede necesariamente si se la considera en relación con la protección de los derechos de los comerciantes, ya que la protección de los derechos de los comerciantes está comprendida naturalmente en las cuestiones reguladas en los tratados de comercio y navegación.

Por consiguiente, no puede decirse que la administración de justicia, en la medida en que se refiere a la protección de estos derechos, debe excluirse necesariamente del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida cuando ésta abarca «todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación». La cuestión sólo puede resolverse atendiendo a la intención de las partes contratantes, según se deduzca de una interpretación razonable del tratado [470].

Resumiendo sus opiniones respecto de la interpretación del artículo X del Tratado de 1886, la Comisión de Arbitraje declaró lo siguiente:

1. Que el Tratado concertado el 1.° de agosto de 1911 por el Reino Unido y Bolivia no puede producir el efecto de incorporar en el Tratado anglo-griego de 1886 los «principios del derecho internacional», mediante la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida;

2. Que los efectos de la cláusula de la nación más favorecida contenidos en el artículo X de dicho Tratado de 1886 pueden extenderse al sistema de administración de justicia por lo que respecta a la protección por los tribunales de los derechos de las personas que se dedican al comercio y a la navegación;

3. Que ninguna de las disposiciones relativas a la administración de justicia contenidas en los tratados en que se basa el Gobierno griego pueden interpretarse en el sentido de que concedan a los beneficiarios de la cláusula de la nación más favorecida un sistema de «justicia», «derecho» y «equidad» distinto del establecido por el derecho interno del Estado correspondiente;

4. Que el objeto de dichas disposiciones concuerda con el artículo XV del Tratado anglo-griego de 1886 y que, en consecuencia, la única cuestión que se plantea es la de si dichas disposiciones incorporan «privilegios, favores o inmunidades» más amplios que los resultantes del mencionado artículo XV;

5. Que de la decisión resumida en el apartado 3 *supra* se desprende que el artículo X del Tratado no otorga a sus beneficiarios ninguna acción basada en el «enriquecimiento injusto» distinta de la prevista en el derecho interno del Estado.

[...] La Comisión [de Arbitraje] opina que el «libre acceso a los tribunales de justicia» que concede a los nacionales griegos que se hallan en el Reino Unido el artículo XV del Tratado de 1886 comprende el pleno derecho a recurrir a los tribunales y a ejercer cualquiera de las acciones y garantías procesales previstas por el derecho interno para que les sea administrada justicia en pie de igualdad con los nacionales del país.

Por tanto, la Comisión [de Arbitraje] opina que las disposiciones contenidas en otros tratados invocadas por el Gobierno griego no prevén ningún «privilegio, favor o inmunidad» más amplio que los resultantes del mencionado artículo XV, y que, en consecuencia, la cláusula de la nación más favorecida contenida en el artículo X no es aplicable a la presente controversia [...] [471].

4) Las decisiones de los tribunales nacionales también prueban el reconocimiento general de la regla. En un asunto francés ya remoto (1913), el Tribunal de Casación de Francia tuvo que decidir sobre si ciertos requisitos procesales para entablar una demanda previstos en una Convención franco-suiza sobre jurisdicción y ejecución de sentencias, se aplicaba también a los nacionales alemanes por interposición de la cláusula de la nación más favorecida contenida en un Tratado comercial franco-alemán firmado en Francfort el 10 de mayo de 1871. El Tratado franco-alemán concedía el trato de la nación más favorecida en materia de relaciones comerciales, incluida «la admisión y el trato de los súbditos de las dos naciones». En su decisión, el Tribunal se basó en parte en las consideraciones siguientes: que «estas

[468] Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence), Fallo del 22 de julio de 1952 (*C.I.J. Recueil 1952*, pág. 110). En cuanto a los hechos y otros aspectos del caso véase *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 216 a 219, documento A/CN.4/228 y Add.1, párrs. 10 a 30.

[469] Affaire Ambatielos (fond: obligation d'arbitrage), Fallo del 19 de mayo de 1953 (*C.I.J. Recueil 1953*, pág. 10).

[470] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 63.V.3), págs. 106 y 107.

[471] *Ibid.*, págs. 109 y 110.

disposiciones [del Tratado] se refieren exclusivamente a las relaciones comerciales entre Francia y Alemania, consideradas desde el punto de vista de los derechos establecidos por el derecho internacional, pero no afectan ni expresa ni tácitamente a los derechos establecidos por el derecho civil, especialmente a las normas de competencia y de procedimiento aplicables a los litigios que surjan en las relaciones comerciales entre los súbditos de los dos Estados» y que «la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida supone que la materia objeto del tratado que la estipula es idéntica a la del tratado, especialmente favorable, cuyos beneficios se reclaman» [472].

5) En el *Asunto Lloyds Bank contra De Ricqlès y De Gaillard* sometido al Tribunal de Comercio del Sena, el Lloyds Bank, que en su calidad de demandante había recibido la orden de prestar fianza de arraigo en juicio *(cautio judicatum solvi)*, invocó el artículo 1 de la Convención anglo-francesa de 28 de febrero de 1882 [473]. Según su preámbulo, esta convención tenía por objeto «regular las relaciones comerciales y marítimas entre ambos países, así como la condición jurídica de sus súbditos», y el artículo 1 de la misma, con una excepción que no hace al caso, disponía lo siguiente:

[...] cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete a conceder a la otra inmediata e incondicionalmente el goce de todo favor, inmunidad o privilegio en cuestiones de comercio o industria que una de ellas haya concedido o pueda conceder a un tercer país, cualquiera que sea, tanto en Europa como fuera de ella [474].

Fundándose en este artículo, el Lloyds Bank invocó el beneficio concedido en las disposiciones de un Tratado franco-suizo de 15 de junio de 1889, que daban a los nacionales suizos el derecho de entablar demandas en Francia sin estar obligados a prestar fianza de arraigo en juicio. El Tribunal rechazó esta petición, y estimó que una parte en una convención de carácter general tal como la Convención anglo-francesa, en la que se regulaban las relaciones comerciales y marítimas de los dos países, no podía invocar, por medio de la cláusula de la nación más favorecida, los beneficios concedidos por una convención especial, como era la Convención franco-suiza, que trataba solamente de un tema particular, a saber: la dispensa de la obligación de prestar la fianza de arraigo en juicio [475].

6) Al redactar la cláusula de la nación más favorecida, sus autores se encuentran siempre ante el dilema de formularla en términos demasiado generales, con el riesgo de restarle eficacia si se hace una interpretación estricta de la regla *ejusdem generis*, o bien de redactarla de forma demasiado explícita, enumerando sus esferas de aplicación específicas, en cuyo caso se corre el peligro de que la enumeración sea incompleta.

7) La regla se aplica también en la práctica extrajudicial de los Estados como muestra el asunto relativo al Convenio comercial de 25 de mayo de 1935 entre los Estados Unidos de América y Suecia, el artículo I del cual disponía lo siguiente:

Suecia y los Estados Unidos de América se concederán recíprocamente el trato de la nación más favorecida incondicionalmente y sin restricciones en todas las materias relativas a los derechos y gravámenes aduaneros de todo tipo y en cuanto al procedimiento para recaudar tales derechos, así como en todas las cuestiones relativas a las normas, formalidades y gravámenes que se establezcan en relación con el paso de las mercaderías por las aduanas, y respecto de todas las leyes o reglamentos que afecten a la venta o al uso, dentro del país, de las mercancías importadas [476].

En 1949 se pidió al Departamento de Estado que informase a la Administración de Alcoholes del Estado de Nueva York de que debía expedirse a una determinada empresa importadora una licencia para la venta en Nueva York de cerveza sueca importada. La Oficina del Asesor Jurídico del Departamento de Estado interpretó las disposiciones del tratado antes mencionado de la forma siguiente:

Teniendo presente que la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Acuerdo del comercio recíproco entre los Estados Unidos y Suecia firmado en 1935 tiene por objeto solamente impedir la discriminación de las importaciones y exportaciones de Suecia frente a las importaciones y exportaciones de otros países, lamento informar que este Departamento no puede enviar a la Administración de Alcoholes de Nueva York la carta que usted sugiere en el sentido de que el Acuerdo concede a los *nacionales* suecos el mismo trato que se concede a los nacionales de otros países.

Todos los países enumerados en el anexo a su carta (según la Administración de Alcoholes del Estado de Nueva York, los nacionales de estos países tienen derecho a obtener licencia para vender bebidas alcohólicas) han concertado tratados con los Estados Unidos que conceden derecho al trato nacional o derechos de la nación más favorecida a los nacionales de dichos países para el ejercicio del comercio. No procede, pues, tener en cuenta la existencia de los acuerdos comerciales a que hace referencia en su carta junto con estos tratados [...] [477].

8) En los casos expuestos a continuación, la cuestión de la aplicación de la regla *ejusdem generis* se planteó en circunstancias excepcionales. En el *Asunto «Nyugat» —Société Anonyme Maritime et Commerciale (sociedad suiza) contra el Reino de los Países Bajos*, los hechos eran los siguientes: el 13 de abril de 1941, el buque *Nyugat* navegaba fuera de las aguas territoriales de las entonces Indias Orientales neerlandesas. Enarbolaba pabellón húngaro. El destructor de los Países Bajos *Kortenaer* detuvo el buque, lo registró y lo condujo a Surabaya, donde fue hundido en 1942. Los demandantes alegaron que las medidas de que había sido objeto el *Nyugat* eran ilegales. El buque era propiedad suiza. Anteriormente

[472] M. Whiteman, *op. cit.*, págs. 755 y 756, cita la sentencia de 22 de diciembre de 1913 del Tribunal de Casación francés en el asunto *Braunkohlen Briket Verkaufsverein Gesellschaft c. Goffart, ès qualités*. Citado también por P. Level, *loc. cit.*, pág. 338, párr. 38, y por H. Batiffol, *op. cit.*, pág. 216, N.º 189.

[473] *British and Foreign State Papers, 1881-1882*, vol. 73, Londres, Ridgway, 1889, pág. 22.

[474] *Ibid.*, págs. 23 y 24.

[475] H. Lauterpacht, ed., *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1929-1930, Londres, vol. 5, 1935, asunto N.º 252, pág. 404; *Journal du droit international*, París, 58.º año, 1931, pág. 1018, resumido por A. D. McNair, *op. cit.*, pág. 287. A. Ch. Kiss cita otros casos presentados ante tribunales franceses basados en la regla *ejusdem generis* en la obra «La Convention européenne d'établissement et la clause de la nation la plus favorisée», *Annuaire français de droit international, 1957*, París, vol. III, pág. 478; para casos sometidos ante tribunales norteamericanos, véase G. H. Hackworth, *op. cit.*, págs. 292 y 293.

[476] Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXI, pág. 136.

[477] Dictamen del asesor jurídico Fisher, Departamento de Estado, 3 de noviembre de 1949, «MS Department of State», citado por M. Whiteman, *op. cit.*, pág. 760.

había pertenecido a una compañía húngara, pero una sociedad suiza pasó a ser propietaria del buque en 1941, cuando ya poseía todas las acciones de dicha compañía húngara. La bandera húngara era bandera neutral. El demandado alegó en su defensa el hecho de que el 9 de abril de 1941 se habían roto las relaciones diplomáticas entre los Países Bajos y Hungría, y que el 11 de abril de 1941 Hungría, como país aliado de Alemania, había atacado a Yugoslavia, y, por consiguiente, con arreglo a ciertos decretos pertinentes de los Países Bajos aplicables en la materia, la captura del buque era lícita. Los demandantes sostuvieron que esos decretos eran incompatibles con lo dispuesto en el Tratado de amistad, establecimiento y comercio, concluido con Suiza en Berna el 19 de agosto de 1875 [478] y con el Tratado de comercio concertado con Hungría el 9 de diciembre de 1924 [479] y concretamente con la cláusula de la nación más favorecida contenida en estos tratados. Los demandantes invocaron el Tratado de Amistad, Navegación y Comercio firmado el 1.º de mayo de 1829 con la República de Colombia que disponía lo siguiente: «si en algún tiempo desgraciadamente sucediere alguna interrupción en las relaciones amistosas», los súbditos o ciudadanos de una de las partes contratantes residentes en los territorios de la otra «tendrán el privilegio de permanecer y continuar su tráfico allí [...] mientras se conduzcan pacíficamente y no cometan ofensa contra las leyes; y sus efectos y propiedades [...] no estarán sujetos a ocupación o secuestro» [480]. El Tribunal resolvió lo siguiente:

No es procedente la disposición que se invoca, ya que una ruptura de relaciones amistosas, como se entendían en el año 1829, no puede asimilarse a la ruptura de relaciones diplomáticas que se produjo en la segunda guerra mundial; en el presente caso, visto el pabellón del buque, se tuvo también en cuenta el hecho de que Hungría había asumido una actitud que iba contra los intereses del Reino de los Países Bajos al colaborar en el ataque alemán contra Yugoslavia. Ciertamente este caso no cae dentro de las disposiciones del Tratado de 1829. De lo dicho se desprende que los propietarios del buque yerran al sostener que la Corte no debe aplicar los decretos mencionados por ir contra las disposiciones de un tratado internacional [481].

9) Según A. D. McNair, «tiene cierto fundamento» la opinión de que los derechos y privilegios obtenidos durante un arreglo territorial y político o un tratado de paz «no pueden alegarse en virtud de una cláusula de la nación más favorecida». En su opinión, «la razón estriba probablemente en que tales concesiones no son comerciales, mientras que la cláusula de la nación más favorecida se aplica usualmente a fines de comercio» [482]. Cita en apoyo de esta tesis el dictamen de un asesor jurídico de la Corona, emitido en 1851. Según ese dictamen, Portugal y los súbditos portugueses no tenían derecho «a poner a secar en la costa de Terranova el bacalao capturado en los bancos adyacentes». La demanda se basaba en una cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado de 1842 entre Gran Bretaña y Portugal e iba dirigida a obtener los mismos privilegios que Gran Bretaña concedía a Francia y a los Estados Unidos de América en los tratados de 1783. Estos últimos formaban parte de un acuerdo general concertado al término de una guerra. El asesor jurídico de la Corona declaró:

[...] Opino que la estipulación del artículo 4 del Tratado de 1842 no puede considerarse justamente aplicable a la autorización que [el Encargado de Negocios portugués] reclama en nombre de los súbditos portugueses.

Considero que estos privilegios se concedieron a Francia y a los Estados Unidos de América como parte de un ajuste territorial y político *obtenido por la fuerza** de la Gran Bretaña al final de una guerra que estas naciones habían concluido victoriosamente contra ella [483].

10) A ningún autor se le ocurriría negar la validez de la norma *ejusdem generis*, que resulta de la naturaleza misma de la cláusula de la nación más favorecida. Se admite generalmente que la cláusula que confiere los derechos de nación más favorecida respecto de un determinado asunto, o tipo de asunto, sólo puede extenderse a los derechos conferidos por otros tratados (o actos unilaterales) respecto de las mismas materias o categorías de materias [484].

11) El sistema del trato de la nación más favorecida consiste en hacer valer las disposiciones de un tratado por medio de las disposiciones de otro. A menos que este sistema se limite estrictamente a casos en que existe una gran identidad entre las materias objeto de las dos series de cláusulas en juego, puede suceder en alguna ocasión que se impongan al Estado otorgante obligaciones que nunca tuvo la intención de asumir [485]. De este modo, la norma se desprende claramente de los principios generales de interpretación de los tratados. Los Estados no pueden considerarse ligados por algo que exceda de las obligaciones que han contraído expresamente.

12) La esencia de la norma es que el beneficiario de una cláusula de la nación más favorecida no puede reclamar al Estado otorgante ventajas de índole distinta a las estipuladas en la cláusula. Para expresarlo gráficamente, si la cláusula de la nación más favorecida promete el trato de nación más favorecida solamente en lo relacionado con el pescado, no puede reclamarse tal trato para la carne en virtud de la misma cláusula [486]. El Estado otorgante no puede sustraerse a sus obligaciones,

[478] Países Bajos, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, N.º 137, 1878, Decreto de 19 de septiembre de 1878.

[479] *Ibid.*, N.º 36, 1926, Decreto 3 de marzo de 1926.

[480] *British and Foreign State Papers, 1829-1830*, Londres, Ridgway, 1832, pág. 902.

[481] Sentencia de 6 de marzo de 1959 del Tribunal Supremo de los Países Bajos (*Nederlandse Jurisprudentie 1962*, N.º 2, págs. 18 y 19) [texto original en holandés].

[482] A. D. McNair, *op. cit.*, pág. 302.

[483] *Ibid.*, pág. 303.

[484] Véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 225, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 68.

[485] *Ibid.*, pág. 226, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 72.

[486] Para el problema de «productos análogos», véase el pasaje pertinente de las conclusiones del Comité Económico de la Sociedad de las Naciones sobre la cláusula de la nación más favorecida que figura como anexo al primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1969*, vol. II, pág. 184, documento A/CN.4/213 anexo I) y los artículos I, II y XIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 55, págs. 197 a 201, 205 a 209 y 235 a 239; *ibid.*, vol. 62, págs. 83 a 87 y 91; *ibid.*, vol. 138, pág. 337). Se está haciendo lo posible por facilitar la identificación y comparación de productos mediante el establecimiento de normas uniformes al respecto: Consejo de Cooperación Aduanera, establecido por la Convención de Bruselas de 15 de diciembre de 1950 (*ibid.*, vol. 157, pág. 129); y Convención sobre la nomenclatura para la clasificación de las mercaderías en relación con los aranceles aduaneros de 15 de diciembre de 1950 (*ibid.*, vol. 347, pág. 127).

salvo reserva expresa al efecto, alegando que las relaciones entre él y el tercer país son más amistosas o que «no son similares» a las que existen entre él y el beneficiario. Solamente la materia que es objeto de la cláusula debe pertenecer a la misma categoría —el *idem genus*— y no la *relación* entre el Estado otorgante y el tercer Estado, por una parte, y la relación entre el Estado otorgante y el Estado beneficiario, por la otra Tampoco cabe decir que el *tratado* que contiene la cláusula debe ser de la misma categoría *(ejusdem generis)* que aquel cuyos beneficios se reclaman en virtud de la cláusula [487]. Sostener lo contrario disminuiría seriamente el valor de una cláusula de la nación más favorecida.

Ambito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida respecto de las personas y las cosas

13) En lo que respecta a la materia objeto de la cláusula, el derecho del Estado beneficiario se ve limitado de dos modos: en primer lugar, por la cláusula propiamente dicha, que se refiere siempre a una materia determinada [488] y, en segundo lugar, por el derecho que el Estado otorgante confiere al tercer Estado.

14) La situación es similar, aun cuando no idéntica, en lo que respecta a los sujetos en interés de los cuales el Estado beneficiario puede reivindicar el trato de la nación más favorecida. La cláusula misma puede indicar a qué personas, buques, productos, etc., se aplica, pero no siempre lo hace así. La cláusula puede declarar simplemente que se concede al Estado beneficiario el trato de la nación más favorecida en materia de derechos de aduana, o en materia de comercio, navegación, establecimiento, etc., sin especificar las personas o las cosas que han de recibir el trato más favorecido. En tales casos, la indicación del campo de aplicación de la cláusula denota implícitamente la clase de personas y de cosas en cuyo interés puede ejercer sus derechos el beneficiario.

15) El Estado beneficiario sólo puede reivindicar el trato de la nación más favorecida para la categoría de personas o de cosas (comerciantes, viajantes de comercio, personas detenidas, compañías, embarcaciones, embarcaciones en peligro o que han naufragado, productos, bienes, textiles, trigo, azúcar etc), que reciben o tienen derecho a recibir determinado trato o determinados privilegios en virtud del derecho de un tercer Estado. Además, las personas y las cosas respecto de las cuales se reivindica el trato de la nación más favorecida deben guardar con el Estado beneficiario la misma relación que otras personas y cosas comparables guardan con respecto al tercer Estado (nacionales, nacionales residentes, compañías domiciliadas en el país, compañías establecidas según el derecho nacional, compañías controladas por nacionales, bienes importados, bienes manufacturados en el país, productos de origen del país, etc.) [489].

16) El asunto siguiente, tomado de la jurisprudencia francesa, puede contribuir al esclarecimiento de la regla propuesta: Alexander Serebriakoff, súbdito ruso, presentó una demanda contra la Sra. d'Oldenbourg, también súbdita rusa, en la que alegaba la nulidad de un testamento del que era beneficiaria esta última. La demandada, luego de recibir la ciudadanía francesa por naturalización, obtuvo una decisión *ex parte* del Tribunal de Apelación de París en la que se ordenaba a Serebriakoff que depositara una fianza de 100.000 francos. Serebriakoff apeló contra esta decisión *ex parte* alegando, entre otras cosas, que con arreglo al Acuerdo franco-ruso de 11 de enero de 1934, estaba dispensado de prestar fianza. El Tribunal rechazó la apelación. El Tribunal dijo:

> Considerando que el decreto del 23 de enero de 1934, en el que se ordenaba el cumplimiento provisional del acuerdo comercial concertado el 11 de enero de 1934 entre Francia y la URSS [ ] no se aplica en este caso, que Alexander Serebriakoff invoca en vano sus beneficios, que si bien, en efecto, este acuerdo preve en condiciones de reciprocidad, el acceso libre y facil a los tribunales franceses de los subditos rusos, la ventaja asi concedida esta estrictamente limitada a los comerciantes e industriales, que esta conclusion dimana en forma ineluctable tanto del conjunto del tratado como de cada una de sus disposiciones consideradas aisladamente, que el titulo de este tratado es «acuerdo comercial», que los diferentes articulos que lo componen confirman esta denominacion y que, en especial, el articulo 9, invocado concretamente por Serebriakoff, en el que se determinan los beneficiarios de sus disposiciones, comienza en la siguiente forma «Sin perjuicio de toda estipulacion ulterior, los comerciantes e industriales franceses, sean personas fisicas o personas juridicas constituidas con arreglo a la ley francesa, gozaran de un trato tan favorable como el que se conceda a los ciudadanos de la nacion más favorecida [ ] [490]

17) En otro caso, el Tribunal de Instancia Superior del Sena decidió que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el Convenio franco-británico de 28 de febrero de 1882, complementado por un canje de cartas de interpretación del 21 al 25 de mayo de 1929, que permitía a los súbditos británicos invocar las disposiciones de tratados que estipularan la asimilación de los extranjeros a los nacionales, se aplicaba únicamente a los súbditos británicos establecidos en Francia. El Tribunal dictaminó:

> [ ] [Una persona de nacionalidad] britanica, domiciliad[a] en Suiza no puede invocar un convenio de establecimiento que sólo otorga el beneficio de la clausula de la nacion mas favorecida a los subditos ingleses establecidos en Francia y que, por tanto, tienen la posibilidad de ejercer alli una actividad remunerada de caracter permanente [491]

18) El presente artículo, cuando se refiere a la misma categoría de cosas, recoge implícitamente la regla concerniente a la controvertida noción de «artículos análogos» o «productos análogos». No es raro que los tratados comerciales establezcan expresamente, con relación a los derechos de aduana o a otros gravámenes aplicables a productos, bienes, artículos, etc. del Estado beneficiario, que esos productos, bienes, artículos, etc. gozarán de cualquier ventaja que sea otorgada a análogos productos, etc. del tercer Estado [492]. Es evidente que,

---

[487] D Vignes, *loc cit* , pag 282

[488] Salvo muy raras excepciones, no hay en los tiempos modernos ninguna clausula que no este restringida a una esfera convenida de relaciones, por ejemplo, comercio, establecimiento y navegacion Veanse *Anuario 1973*, vol II, pag 222, documento A/9010/Rev 1, cap IV, secc B, art. 4, parrs 14 y 15 del comentario

[489] *Ibid* , art 5, párr 3 del comentario.

[490] *Ibid* , pag 134, documento A/CN 4/269, párr 40.

[491] *Ibid* , pag 149, párr 78

[492] Vease parr 1 del articulo primero del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, citado en el segundo informe del Relator Especial (*Anuario 1970*, vol II, pág 236, documento A/CN 4/228 y Add 1, párr 144)

aun en ausencia de esa declaración expresa, el Estado beneficiario sólo podrá reclamar el trato de la nación más favorecida respecto de los bienes especificados en la cláusula o que pertenezcan a la misma categoría que los bienes que disfruten de un trato más favorecido por el tercer Estado.

19) La Comisión no quiso entrar en un análisis a fondo del concepto sumamente complejo de «productos análogos». Los párrafos siguientes dan una breve explicación. En cuanto o a lo que significa la expresión en los tratados comerciales, H. C. Hawkins dice:

Un criterio determinante en tales casos es la comparacion de las características intrinsecas de los bienes de que se trata. De ese modo se evitaria la clasificación de los artículos sobre la base de las caracteristicas externas. Si los productos son intrinsecamente parecidos, han de considerarse análogos, y la aplicación de aranceles diferentes contravendria la clausula de la nación mas favorecida. Por ejemplo, en el asunto de las vacas suizas [493], se suscita la cuestion de si una vaca criada a cierta altitud es «análoga» a una vaca criada a menor altitud. La aplicación del criterio de las caracteristicas intrinsecas da una respuesta sencilla. Las vacas son intrínsecamente similares y una clasificación arancelaria basada en consideraciones tan ajenas como el lugar donde se crían las vacas esta claramente destinada a hacer una discriminacion en favor de un pais determinado. En otras situaciones, la aplicacion del criterio de las caracteristicas intrínsecas mostraría claramente que una clasificación no es objetable. Por ejemplo, segun la legislación aduanera de los Estados Unidos, se aplican derechos de importación a las manzanas y no a las bananas Si el Canadá y los Estados Unidos son partes en un tratado que establece que los productos de ambas partes gozarán de un trato no menos favorable que el concedido a «artículos analogos» de cualquier tercer país, el Canada podría arguir que las manzanas estan exentas de derechos. Tal reivindicación tendría que basarse en el argumento de que como las bananas se emplean para el mismo propósito «alimenticio» que las manzanas, son «artículos analogos». La aplicación del criterio de las caracteristicas intrínsecas resolvería rápidamente la cuestión en este caso, pues las manzanas y las bananas son productos intrínsecamente diferentes [494].

20) En el asunto de las vacas suizas, mencionado en el texto que se cita en el párrafo precedente, el Relator Especial señaló lo siguiente en su segundo informe:

Las dificultades inherentes a la expresión «producto similar» pueden mostrarse a simple vista de la manera siguiente en el documento de trabajo sobre la cláusula de la nación mas favorecida en el derecho de los tratados, presentado por el Relator Especial el 19 de junio de 1968, se citaba, bajo el epigrafe «Infracciones de la cláusula» el clásico ejemplo siguiente de un arancel excesivamente especializado [137]. En 1904, Alemania concedió a Suiza una reducción arancelaria sobre las terneras «criadas a 300 metros sobre el nivel del mar» que hubieran pasado por lo menos un mes en dehesa de verano a una altura minima de 800 metros sobre el nivel del mar [138].

En las fuentes donde se cita este ejemplo, se considera que una vaca criada a determinada altura es «similar» a una vaca criada a una altura inferior. Siendo esto así, consideran —y el documento de trabajo seguía este criterio— que una clasificación arancelaria basada en consideraciones tan ajenas al caso como el lugar de crianza de las vacas está concebida claramente para establecer una discriminación en favor de un país determinado, en este caso, en favor de Suiza y en contra, por ejemplo, de Dinamarca [139]. Sin embargo, la FAO, en cuanto organismo interesado y con especiales conocimientos en materia de comercio de animales, formuló, en su contestación a la circular del Secretario General, la siguiente observación sobre el ejemplo dado en el documento de trabajo:

«Teniendo en cuenta los antecedentes relativos al caso citado en el ejemplo, parecería que el arancel especializado puede haber estado justificado desde el punto de vista tecnico debido al programa de mejoramiento genético desarrollado en Alemania meridional en aquel momento. En la actualidad, es de presumir que ese arancel especializado se habría formulado de manera diferente, pero en 1904 no se reconocían probablemente como caracteristicas jurídicas validas designaciones tales como Simmental o pardosuizo [ ]. Aparte de esto, debe reconocerse que, en ocasiones, se han utilizado —y continuan utilizandose— aranceles excesivamente especializados y otras especificaciones técnicas o sanitarias, por razones que pueden considerarse discriminatorias» [495].

21) El siguiente cambio de opiniones habido en la Comisión Preparatoria de la Conferencia Internacional de Comercio y Empleo muestra que las dificultades provocadas por la interpretación de la frase «productos análogos» no son insolubles cuando se trata de partes que actúan de buena fe. El representante de los Estados Unidos, refiriéndose a tal expresión, dijo lo siguiente:

Esa frase se ha utilizado en la cláusula de la nación más favorecida de varios tratados. Si bien no existía una definición precisa, el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones elaboró un informe en el que por «productos análogos» se entendía «productos prácticamente idénticos a otros productos» [ ].

Tal falta de definición, sin embargo, a juicio del representante británico,

no ha impedido que los tratados comerciales se aplicaran y pienso que no impediría que nuestra Carta se aplique hasta que la OIC [Organización Internacional de Comercio] esté en condiciones de analizar el asunto y realizar un estudio apropiado No creo que debamos dejar en suspenso cualquier medida mientras esté pendiente ese estudio.

y el representante de Australia señaló:

Todos los que hemos tenido un conocimiento íntimo de la administracion aduanera sabemos que esta cuestión de los «productos análogos» tiende a resolverse por sí misma. En realidad, se ajusta mediante un sistema de clasificación arancelaria, y de tiempo en tiempo surgen controversias sobre si la clasificacion impuesta a alguna cosa es realmente correcta. Creo que mientras tengamos disposiciones que nos permitan iniciar un procedimiento de reclamación por conducto de la Organización, podremos decir que el asunto se resolverá por si mismo [496].

22) La Comisión sabe perfectamente que la aplicación de la regla contenida en los artículos 11 y 12 puede, en algunos casos, originar grandes dificultades. Ya se ha declarado que la expresión «la misma relación» ha de utilizarse con cautela, puesto que, por ejemplo, la relación entre el Estado A y sus nacionales no siempre es la «misma» que la relación entre el Estado B y sus nacionales. Las leyes de nacionalidad de los Estados son tan diversas que la suma de los derechos y las obligaciones que dimanan de las leyes de nacionalidad de un Estado puede ser

[137] Véase *Anuario 1968*, vol II, pag 166, documento A/CN 4/L 127, párr 31

[138] Sociedad de las Naciones, Seccion Económica y Financiera, *Memorandum on Discriminatory Classifications* (Ser L o N P 1927 II 27), pag 8

[139] H C. Hawkins, *op cit* , pags 93 y 94, J E S Fawcett, «Trade and Finance in International Law» en *Recueil des cours 1968*, Leiden, Sythoff, 1969, vol 123, pag 263.

[493] Véase párr 20 *infra*.

[494] H. C Hawkins, *Comercial Treaties and Agreements Principles and Practice*, Nueva York, Rinehart, 1951, págs. 93 y 94.

[495] *Anuario 1970*, vol. II, pág. 237, documento A/CN.4/228 y Add 1, párr. 148.

[496] John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT (A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade)*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1969, págs. 260-261. En el primer informe del Relator Especial se incluyen pasajes de los informes del Comité Economico de la Sociedad de las Naciones (vease *Anuario 1969*, vol II, págs 184 y ss , documento A/CN.4/213, anexo I).

otalmente diferente de la que resulta de las leyes de nacionalidad de otro Estado [497]. Pueden encontrarse dificultades análogas cuando los tratados remiten al derecho interno en otros casos: por ejemplo, cuando se trata del derecho del establecimiento de personas jurídicas. El caso de las personas jurídicas puede plantear un problema particularmente difícil ya que están definidas por el derecho interno. Así, cuando un tratado otorga expresamente a un tercer Estado un trato favorable para una categoría de personas jurídicas especificada según el derecho interno del tercer Estado, por ejemplo, el caso de un tipo peculiar de sociedad alemana de responsabilidad limitada *(Gesellschaft mit beschränkter Haftung)* que es desconocido en los países anglosajones, ¿podría el Reino Unido invocar la cláusula de la nación más favorecida a fin de reivindicar las mismas ventajas para el tipo británico de sociedad que más se asemeja al tipo alemán de sociedad mencionado en el tratado, o se vería en la imposibilidad de hacerlo? De un modo análogo, si un tratado confiere alguna ventaja a sociedades francesas del tipo llamado *association en participation*, que corresponde al de «*joint venture*» de los países de *common law*, ¿podría un país anglosajón invocar la cláusula de la nación más favorecida para reivindicar las mismas ventajas para sus compañías que son del tipo «*joint venture*»?

23) Puede surgir un problema similar en relación con la nacionalidad de compañías, que no está determinada por el derecho internacional. En efecto, cuando en virtud de un tratado de establecimiento un Estado concede ventajas a otro Estado para las compañías que son nacionales suyas, el derecho de ese último Estado es el que determina la nacionalidad de tales compañías. En vista de ello, ¿puede el Estado que reivindica los beneficios de la cláusula de la nación más favorecida reclamarlos para todas las compañías definidas como nacionales suyas conforme a su propia legislación? Según el derecho de este último Estado, para que una sociedad sea considerada como nacional, puede ser suficiente que tenga su domicilio social o su lugar principal de negocios en el territorio del Estado de que se trate, o que ese Estado controle una parte importante de su capital social. ¿No podrá el Estado otorgante objetar que las compañías nacionales de un tercer Estado al que le ha concedido una ventaja se definen de un modo más restrictivo conforme al derecho de ese tercer Estado? De ahí que el Estado otorgante pueda negarse a conceder el beneficio de la cláusula aduciendo que ha concedido al tercer Estado una ventaja específica, que si se traspusiera al derecho de otro Estado sería mucho más extensa.

24) Algunos de los casos antes citados prueban las dificultades con que se tropieza cuando se trata de decidir si un derecho determinado queda comprendido dentro del ámbito de la materia objeto de la cláusula o es ajeno a ella. Todas esas dificultades son inherentes a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y no restan utilidad a los artículos 11 y 12 que, como regla general, exponen y aclaran el mecanismo de la cláusula de la nación más favorecida.

[497] Véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 224, documento A/9010/Rev.1, cap. IV, art. 5, párr. 3 del comentario.

25) Habida cuenta de lo que antecede, el artículo 11, titulado «Alcance de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida», indica en efecto el alcance eventual de la cláusula. En su *párrafo 1* dispone que el Estado beneficiario adquiere solamente los derechos que estén comprendidos en el ámbito de la materia objeto de la cláusula, y en su *párrafo 2* da mayor precisión a esa norma al declarar que el Estado beneficiario puede ejercer los derechos comprendidos en el ámbito de la materia objeto de la cláusula solamente respecto de las categorías de personas o cosas que se especifican en la clausula o resultan implícitamente de la materia objeto de ella. Si, por ejemplo, la cláusula se refiere simplemente al transporte marítimo, a asuntos consulares o al comercio en general, tales menciones generales implican, con mayor o menor precisión, las personas o cosas respecto de las cuales el Estado beneficiario puede reivindicar los derechos dimanantes de la cláusula de la nación más favorecida.

26) El artículo 12 (Derechos que se adquieren en virtud de una cláusula de la nación más favorecida) indica el alcance efectivo de la cláusula. En su *párrafo 1* dispone que el Estado beneficiario, incluso en el supuesto de que los derechos que desea invocar para sí estén comprendidos en el ámbito de la materia objeto de la cláusula, sólo gozará de ellos si se cumple la condición de que el Estado otorgante conceda a un tercer Estado un trato que entre dentro del ámbito de la misma materia. En su *párrafo 2* estipula que, si el Estado beneficiario invoca derechos con respecto a personas o cosas que se especifican en la cláusula o resultan implícitamente de la materia objeto de ella, adquirirá los derechos dimanantes de la cláusula solamente si tales personas o cosas: *a*) pertenecen a la misma categoría de personas o cosas que las que gozan del trato conferido por el Estado otorgante a un tercer Estado, y *b*) se hallan, con el Estado beneficiario, en la misma relación en que se hallan con ese tercer Estado tales personas o cosas.

Artículo 13.—No pertinencia del hecho de que el trato se conceda gratuitamente o mediante contraprestación

El Estado beneficiario, para sí o en interés de personas o cosas que se hallen en una determinada relación con él, adquiere en virtud de una cláusula de la nación más favorecida el derecho al trato de la nación más favorecida independientemente de que el trato del Estado concedente a un tercer Estado o a las personas o cosas que se hallen en la misma relación con ese tercer Estado se haya concedido gratuitamente o mediante contraprestación.

Comentario

1) Las promesas de otorgar el trato de la nación más favorecida pueden dividirse en promesas incondicionales y promesas condicionadas a reciprocidad material o a cualquier otra contraprestación; pero también las ventajas otorgadas por el Estado concedente a terceros Estados pueden ser objeto de análoga clasificación: esas ventajas pueden otorgarse unilateralmente con el carácter de donación —al menos en teoría— o a cambio de una contraprestación. Por ejemplo, el Estado otorgante puede

reducir unilateralmente sus aranceles sobre las naranjas importadas de un tercer Estado o puede vincular tal reducción a una reducción arancelaria que efectúe el tercer Estado sobre los productos textiles importados del Estado concedente. Según otro ejemplo, el Estado concedente puede garantizar unilateralmente al tercer Estado la inmunidad de jurisdicción penal para sus cónsules o convenir con el tercer Estado que la concesión de inmunidad de jurisdicción penal sea recíproca. Si en los casos de este tipo el Estado otorgante ofrece incondicionalmente el trato de la nación más favorecida a un Estado beneficiario, se plantea la cuestión siguiente: ¿quedan los derechos del Estado beneficiario afectados por el hecho de que las promesas del Estado otorgante al tercer Estado se hayan hecho o no con sujeción a ciertas condiciones?

2) Sobre esta cuestión la práctica es contradictoria. En algunos casos los tribunales han llegado a conclusiones diferentes de la que se refleja en el artículo 13. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de la Argentina rechazó en 1919 una apelación contra un fallo del Tribunal Superior de Sante Fe y declaró que:

> [...] ni la invocación que el recurrente hace de las facultades concedidas a los cónsules por los tratados celebrados con Gran Bretaña en 1825 (artículo 13) con el Reino de Prusia y los Estados del *Zollverein* alemán en 1857 (artículo 9) y que considera extensivos a los cónsules del Reino de Italia en virtud de la cláusula de la nación más favorecida incorporada a las convenciones con dicho Reino, ni el precedente, aun cuando lo fuere, modificarían la solución del punto federal cuestionado. Lo primero, porque tratándose de concesiones otorgadas bajo la condición de reciprocidad, habría sido necesario demostrar que el Gobierno italiano las acordaba o estaba dispuesto a acordarlas a los cónsules argentinos [...] [498].

3) En 1922 un tribunal alemán rechazó el recurso interpuesto por un demandante francés contra la decisión en que se le exigía depositar una fianza de arraigo con motivo de una demanda entablada por él contra un súbdito alemán. El artículo 110 del Código de Procedimiento Civil de Alemania establecía que los extranjeros que comparecieran como demandantes ante tribunales alemanes debían constituir tal fianza, si el demandado la solicitaba, para garantizar el pago de las costas. Esta disposición no se aplicaba a los extranjeros cuyo propio Estado no exigiera la fianza de arraigo a los alemanes que comparecieran como demandantes. En el artículo 291 (I) del Tratado de Versalles, Alemania se obligó «a garantizar a las Potencias Aliadas y Asociadas y a los funcionarios nacionales de dichas Potencias el disfrute de todos los derechos y ventajas de cualquier clase que la misma haya concedido a Austria, Hungría, Bulgaria o Turquía o a los funcionarios y nacionales de estos Estados, por medio de tratados, convenios o acuerdos negociados antes del 1.º de agosto de 1914, por todo el tiempo que los referidos tratados, convenciones o acuerdos permanezcan en vigor». Entre Alemania y Bulgaria existía un tratado que estipulaba, a base de reciprocidad, la exención de la fianza de arraigo. En una nota transmitida a Alemania en abril de 1921, el Gobierno de Francia informó al Gobierno de Alemania que deseaba que se le aplicaran las disposiciones pertinentes del Tratado entre Alemania y Bulgaria. El demandante no probó que en Francia los ciudadanos alemanes estuvieran exentos de la fianza de arraigo en las acciones interpuestas contra ciudadanos franceses. El Tribunal Superior de Distrito decidió desestimar el recurso. Según el Tribunal, el artículo 291 del Tratado de Versalles no obligaba a Alemania a conceder a los ciudadanos franceses mayores privilegios que los concedidos a los súbditos de la antigua Potencia Central. El Tratado con Bulgaria, a juicio del Tribunal, se basaba en la reciprocidad, y como Francia no concedía tal trato recíproco, sus ciudadanos no tenían derecho a la exención de la fianza de arraigo [499].

4) El ejemplo siguiente, aunque matizado con referencias al derecho interno francés, revela las distintas tendencias de la actitud francesa ante el problema que se examina. En 1917, los hermanos Betsou, súbditos griegos, arrendaron ciertos locales en París para uso comercial. El contrato de arrendamiento expiraba en 1926. Los propietarios se negaron a renovar el contrato, por lo cual los demandantes pidieron 200.000 francos de indemnización por el desahucio. Su reclamación se basaba en las disposiciones de la ley de 30 de junio de 1926, que concedía ciertos privilegios a los comerciantes. En apoyo de su reclamación, dirigida a acogerse a los privilegios de esa ley a pesar de su nacionalidad extranjera, citaron la Convención franco-griega de 8 de septiembre de 1926 y, por la acción de la cláusula de la nación más favorecida, el Tratado franco-danés de 9 de febrero de 1910, siendo en este caso Dinamarca la nación más favorecida. El artículo 19 de la ley de 1926 disponía que los extranjeros tendrían derecho a sus privilegios solamente en caso de reciprocidad.

El Tribunal Civil del Sena falló en favor de los demandantes y dijo que, en virtud de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, los súbditos griegos gozaban en Francia de los mismos privilegios en el comercio y la industria que los súbditos daneses. El Tratado franco-danés estipulaba que, en el ejercicio de sus actividades comerciales, los daneses gozarían de todos los privilegios otorgados a los nacionales franceses por la legislación posterior. La ley de 30 de junio de 1926 confería indiscutiblemente privilegios a quienes realizaban actividades mercantiles. Aunque los términos del artículo 19 de la ley francesa requerían reciprocidad en la legislación como norma absoluta e imperativa, y aunque no había legislación sobre la propiedad comercial en Dinamarca, el derecho francés debía interpretarse en conformidad con el tratado franco-danés. Los súbditos daneses no podían ser privados de sus derechos y privilegios por la legislación francesa posterior. El Tribunal declaró:

> Una convención entre naciones, como un contrato entre particulares, es un compromiso recíproco que debe cumplirse por ambas partes mientras el tratado no sea denunciado o sustituido por un nuevo tratado que limite los efectos del contrato inicial.

El Tribunal de Apelación de París, al revocar la decisión del Tribunal del Sena, dijo que los hermanos Betsou no podían invocar un derecho a la renovación del contrato. La ley de 30 de junio de 1926 mostraba claramente que el derecho a la propiedad comercial debía entenderse como

[498] *Ibid.*, pág. 118, documento A/CN.4/269, nota 2.

[499] *Asunto de fianza de costas* (Tratado de Versalles), Alemania, Tribunal Superior de Distrito, Francfort del Meno, 11 de diciembre de 1922 (véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 130, documento A/CN.4/269, párrs. 24 y 25).

«un derecho civil *stricto sensu*», es decir, como derecho sujeto a la disposición del artículo 11 del Código Civil, que hacía que el goce de derechos por extranjeros dependiera del trato recíproco concedido a los ciudadanos franceses en el extranjero. En el Tratado franco-danés se había indicado que los nacionales de los dos Estados sólo gozarían de los derechos y privilegios estipulados en la medida en que tales derechos y privilegios fueran compatibles con la legislación existente de los dos Estados, y la legislación danesa no reconocía a los extranjeros el derecho a la propiedad comercial en Dinamarca [500].

5) Un importante autor francés considera que la solución adoptada por el tribunal inferior, el Tribunal Civil del Sena, es justificada. Segun este autor

> la reciprocidad (ya se trate del artículo 11 [del Código Civil] o de la resultante de una cláusula de reciprocidad) es una reciprocidad concreta. Por el contrario, la cláusula de la nación más favorecida, cuando es bilateral, establece una especie de reciprocidad abstracta: los Estados se obligan mutuamente a garantizar el trato que conceden a terceros Estados más favorecidos. La cláusula se asemeja mucho aquí a uno de esos tratados, previstos en el artículo 11 [del Código Civil], el cual dispensa de una reciprocidad punto por punto [501].

6) Un argumento convincente para la solución propuesta en el artículo 13 se encuentra en un fallo griego cuyo texto fue consignado como sigue: el Convenio de establecimiento y protección judicial concertado entre Grecia y Suiza el 1.º de diciembre de 1927 dispone en su artículo 9 que

> en ningún caso se impondrán a los nacionales de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante gravámenes, aranceles aduaneros, impuestos, derechos o contribuciones de cualquier naturaleza distintos o mayores de los que se imponen actualmente o se impongan en lo sucesivo a los súbditos de la nación más favorecida.

El artículo II, que se refiere a empresas comerciales, industriales, agrícolas o financieras debidamente constituidas de conformidad con las leyes de una de las Partes Contratantes y que tengan su sede en su territorio, dispone que estas empresas

> gozarán, en todos los aspectos, de los beneficios otorgados por la cláusula de la nación más favorecida a empresas similares y, en particular, no estarán sujetas al pago de ninguna contribución o carga fiscal de cualquier naturaleza o denominación, distinta o mayor de las que se imponen actualmente o se impongan en lo sucesivo a las empresas de la nación más favorecida.

El demandante, en este caso una empresa suiza cuya casa matriz estaba situada en Ginebra, reclamó la exención del impuesto sobre la renta, invocando en apoyo de esa pretensión el Convencio anglo-griego de 1936 para la exención recíproca del pago de impuestos sobre la renta sobre ciertos beneficios o ganancias obtenidas de una agencia. De conformidad con este Convenio, los beneficios o ganancias devengados en Grecia por una persona residente en el Reino Unido, o una sociedad comercial cuyos negocios se administran y controlan en el Reino Unido, estaban exentos del pago de impuestos sobre la renta, a reserva de reciprocidad. Se sostuvo que el demandante tenía derecho a la exención fiscal aunque no hubiera reciprocidad. Se dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

> Considerando que, especialmente en los tratados económicos, la cláusula de la nación más favorecida tiene por objeto prevenir el peligro de que la situación de los súbditos de los Estados contratantes llegue a ser desventajosa en comparación con la de los súbditos de otros Estados en el plano de la competencia económica internacional. Gracias al mecanismo de esta cláusula cada uno de los Estados contratantes concede por una parte al otro las ventajas ya otorgadas a un tercer Estado y, por otra parte, asume la obligación de concederle todas las ventajas que otorgue en el futuro a un tercer Estado durante la duración del tratado. La adquisición de esta última ventaja por parte del beneficiario de la cláusula se produce —siempre que no se haya estipulado lo contrario en el acuerdo— *ipso jure*, sin obligación alguna para él de otorgar una contrapartida adicional, incluso si las concesiones hechas en beneficio del tercer Estado no son unilaterales sino que están sujetas a la condición de reciprocidad. Interpretada con este espíritu, la cláusula asegura la realización del objetivo con el que se instituyó, a saber, la asimilación en cada uno de los Estados, en cuanto a las cuestiones que abarca la cláusula, de los súbditos o empresas del otro Estado a los súbditos o empresas de un tercer país favorecido.
>
> Considerando que en este caso la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Convenio greco-helvético se estipuló en forma pura y simple, sin restricciones ni condiciones onerosas, y que como tal da a las empresas suizas que trabajan en Grecia el derecho a la exención fiscal en las condiciones en que la misma exención se concede a las empresas británicas, aun si las empresas griegas no disfrutan en Suiza del favor de que gozan en Gran Bretaña. En consecuencia, la resolución impugnada [...] debe por tanto anularse [502].

7) A juicio de la Comisión, la norma enunciada en el artículo 13 está en consonancia con la doctrina moderna relativa al funcionamiento de la cláusula de la nación más favorecida. Cuando la cláusula es incondicional, el Estado beneficiario y las personas o cosas que se hallan en determinada relación con él adquieren automáticamente las ventajas otorgadas por el Estado concedente a terceros Estados o a personas o cosas que se hallan en determinada relación con él, en la forma y las condiciones enunciadas en los artículos 11 y 12. Cuando la cláusula de la nación más favorecida está formulada explícitamente como cláusula incondicional o cuando se guarda silencio en cuanto a las condiciones, no puede, a juicio de la Comisión, negarse al Estado beneficiario el trato otorgado por el Estado concedente a un tercer Estado aduciendo que ese trato se ha dado a cambio de reciprocidad material o de cualquier otra contraprestación. Ello es obvio si se considera que la forma norteamericana de la cláusula condicional ha caído totalmente en desuso. Ello parece también evidente en otras esferas que no son las comerciales. En esas esferas, las partes en una cláusula de la nación más favorecida pueden convenir libremente en concederse una a otra el trato de la nación más favorecida a reserva de reciprocidad material. En tales casos el problema no se plantea. Pero, si no han convenido nada, de la naturaleza de la cláusula incondicional de la nación más favorecida se desprende que el Estado otorgante no puede privar al Estado beneficiario del trato que ha concedido a un tercer

[500] *Betsou contra Volzenlogel*, Francia, Tribunal Civil del Sena, 23 de diciembre de 1927; Tribunal de Apelación de París (Primera Sala), 24 de diciembre de 1928 (*Anuario... 1973*, vol. II, pág. 131, documento A/CN.4/269, párrs. 28 y 30).

[501] P. Level, *loc. cit.*, pág. 338, párr. 36.

[502] *Asunto de exención fiscal de Grecia*, Grecia, Consejo de Estado, 1954 (véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 140 y 141, documento A/CN.4/269, párrs. 58 y 59).

Estado fundándose en que ese trato no ha sido otorgado gratuitamente sino a cambio de reciprocidad o de cualquier otro tipo de contraprestación.

8) Por lo expuesto, la Comisión juzgó oportuno aprobar una norma en la que se afirma la no pertinencia del hecho de que el trato a un tercer Estado se conceda gratuitamente o mediante una contraprestación. Tal norma está en consonancia con las finalidades básicas de una cláusula de la nación más favorecida y también con la presunción de incondicionalidad de tal cláusula.

Artículo 14.—No pertinencia de las restricciones convenidas entre el Estado concedente y el tercer Estado

El Estado beneficiario tiene derecho al trato concedido por el Estado concedente a un tercer Estado, se haya concedido o no ese trato en virtud de un acuerdo por el que se limite su aplicación a las relaciones entre el Estado concedente y el tercer Estado.

Comentario

1) Esta norma deriva claramente de la regla general respecto de los terceros Estados de la Convención de Viena (artículos 34 y 35), así como de la naturaleza misma de la cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, está justificado enunciar la norma en virtud de que hay cierto número de acuerdos que están más o menos claramente dirigidos a crear una situación como la prevista en el artículo, pese a las dudas que puedan plantearse acerca del efecto de esos acuerdos sobre el derecho de terceros Estados beneficiarios de una cláusula de la nación más favorecida. Tales acuerdos pueden adoptar la forma de disposiciones convencionales *(clauses réservées)* o entenderse implícitos en ciertos tratados multilaterales.

2) La norma propuesta en el artículo se aplica a las cláusulas de la nación más favorecida independientemente de que tengan carácter incondicional o de que se trate de una cláusula condicionada a reciprocidad material. La norma fue enunciada en los siguientes términos en el párrafo 2 de la resolución aprobada en 1936 por el Instituto de Derecho Internacional, en su 40.º período de sesiones:

> Este régimen de igualdad incondicional [establecido por la aplicación de una cláusula de nación más favorecida de tipo incondicional] no será afectado por las disposiciones contrarias [...] de las convenciones que rigen las relaciones con terceros Estados [503].

3) En el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones se examinó la cuestión, originalmente planteada en la Conferencia Diplomática reunida en Ginebra para redactar una convención internacional sobre la abolición de las prohibiciones y restricciones a la importación y exportación, de si los Estados que no fueran partes en la convención propuesta podrían reivindicar, en virtud de acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida, el disfrute de las ventajas que se otorgaran recíprocamente los signatarios de la convención internacional. En la Conferencia, sin embargo, pronto se comprendió que esta cuestión no podría resolverse en la convención, que no podía alterar el contenido de los acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida. En el Comité Económico se propuso la inclusión de una disposición en la convención con el objeto de limitar sus estipulaciones a las partes contratantes [504].

4) Sin embargo, hay varias convenciones que contienen cláusulas en virtud de las cuales las partes se proponen restringir algunos beneficios a las relaciones establecidas entre ellas. Así, el párrafo 1 del artículo 6 de la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de los buques de propiedad de los Estados, firmada en Bruselas el 10 de abril de 1926, dice así:

> Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en cada Estado contratante con la reserva de que sus beneficios no pueden extenderse a los Estados no contratantes y a sus nacionales, y de que su aplicación puede estar sujeta a la condición de reciprocidad [505].

Con respecto a esa norma, D. Vignes ha dicho lo siguiente:

> Una estipulación de ese carácter presenta el inconveniente de no desligar a los Estados contratantes de las obligaciones que para ellos dimanan de cláusulas anteriores, de ser con respecto a los signatarios de éstas *res inter alios acta*, y de colocar por consiguiente a los autores en la situación potencial de transgresión de la cláusula [506].

El hecho de que en la cláusula se haga referencia a la reciprocidad no subsana su debilidad intrínseca, porque las obligaciones incondicionales no pueden transformarse en condicionales sin el consentimiento de los respectivos beneficiarios.

5) Una versión algo más moderada de la cláusula ha sido incluida en la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a las obligaciones e hipotecas marítimas, firmada en Bruselas también el 10 de abril de 1926 [507]. El artículo 14 de la Convención dice lo siguiente:

> Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en cada Estado contratante en los casos en que el buque con el que se relaciona la demanda pertenezca a un Estado contratante, así como en todos los otros casos establecidos por el derecho interno.
>
> Sin embargo, el principio formulado en el párrafo precedente no afecta el derecho de los Estados contratantes de no aplicar las disposiciones de esta Convención a favor de los nacionales de un Estado no contratante.

6) El párrafo 4 del artículo 98 de la Carta de La Habana, de 24 de marzo de 1948, preparada con la intención de crear la OIC (Organización Internacional de Comercio), dice así:

> Nada de lo contenido en la presente Carta se interpretará en el sentido de que se obligue a un miembro a otorgar a países que no sean miembros un tratamiento tan favorable como el que otorga a los países Miembros conforme a las disposiciones de la Carta. El hecho

[503] *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II.

[504] *Ibid.*, pág. 189, documento A/CN.4/213, anexo I, bajo el título «Relaciones entre los acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida y las convenciones económicas multilaterales».

[505] Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CLXXVI, pág. 199.

[506] D. Vignes, *loc. cit.*, pág. 291.

[507] Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXX, pág. 209.

de no otorgar tal tratamiento no será considerado incompatible con la letra o el espíritu de la Carta [508].

Aunque esta disposición no es una «*clause réservée*», fue enérgicamente criticada ya en 1948. En el Consejo Económico y Social el representante de la Unión Soviética, Sr. Aiutiunian, declaró lo siguiente:

Semejante disposición equivale a autorizar una excepción al principio de la nación más favorecida en las relaciones recíprocas con países no miembros, y está en patente contradicción con el objetivo de extender el comercio mundial [...] [509].

7) Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el párrafo 4 del artículo 98 de la Carta de la OIC es una disposición ociosa, toda vez que sólo enuncia lo que es obvio, es decir, que la Carta de la OIC no impone a los miembros obligaciones para con los no miembros. Sin embargo, esa disposición produce cierto efecto de propaganda, incluso sin interpretarla en el sentido de que indirectamente alienta a las Partes en la Carta a romper obligaciones que hayan contraído con países no miembros en virtud de cláusulas bilaterales de la nación más favorecida. Pero esta disposición de la Carta de la OIC no está en vigor, ni lo ha estado nunca, y difícilmente puede considerarse que produzca efecto alguno actualmente, ni siquiera por mediación del artículo XXIX del GATT, cuyo párrafo 1 dice lo siguiente:

Las partes contratantes se comprometen a observar, en toda la medida que sea compatible con los poderes ejecutivos de que disponen, los principios generales [...] de la Carta de La Habana [...] [510].

8) La idea de la disposición contenida en el artículo 98 de la Carta de La Habana recuerda, según H. C. Hawkins [511], la vieja cláusula condicional de la nación más favorecida, en el sentido de que los países que se nieguen a ser partes en el Acuerdo General y a hacer las concesiones arancelarias que tal participación entraña, no podrán gozar libremente de los beneficios de ese Acuerdo.

9) En la Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral, de 8 de julio de 1965, figura la siguiente disposición (artículo 10), relativa a la cláusula de la nación más favorecida:

1. Los Estados contratantes convienen en que las facilidades y los derechos especiales concedidos en virtud de la presente Convención a los Estados sin litoral en vista de su situación geográfica especial, quedan excluidos de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Un Estado sin litoral que no sea parte en esta Convención podrá pedir las facilidades y los derechos especiales concedidos a los Estados sin litoral en la presente Convención sólo invocando la cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado concertado entre ese Estado sin litoral y el Estado contratante que conceda tales facilidades y derechos especiales.

2. Si un Estado contratante concede a un Estado sin litoral facilidades o derechos especiales mayores que los que se prevén en esta Convención, tales facilidades o derechos especiales pueden limitarse a dicho Estado sin litoral, excepto en la medida en que al excluir de dichas mayores facilidades o derechos especiales a otro Estado sin litoral se contravenga la cláusula de la nación más favorecida contenida en un tratado concertado entre ese otro Estado sin litoral y el Estado contratante que conceda dichas facilidades o derechos especiales [512].

10) El preámbulo de la Convención de 1965 invoca el principio VII aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, según el cual:

Las ventajas y los derechos especiales concedidos a los países sin litoral por su situación geográfica especial quedarán excluidos de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida [513].

Este principio tiene su origen en una propuesta de Checoslovaquia relativa a un artículo sobre exclusión de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en una serie de proyectos de artículos sobre el acceso de los países sin litoral al mar, presentada ante la Conferencia Preliminar de Estados sin litoral, celebrada en febrero de 1958. El comentario sobre esta propuesta fue el siguiente:

Como el derecho fundamental del país sin litoral al libre acceso al mar se deriva del principio de la libertad de la alta mar, constituye un derecho propio de dicho país que depende de la situación geográfica natural de ese país. Huelga decir que, en vista del carácter de ese derecho, ningún tercer país podrá invocarlo en virtud de la cláusula de la nación más favorecida. Se justifica plenamente que los acuerdos sobre las condiciones de tránsito concluidos entre los países sin litoral y los países de tránsito escapen a la esfera de acción de la cláusula de la nación más favorecida, porque estos acuerdos se derivan justamente de ese derecho fundamental [514].

Los redactores de la Convención se basaron en este principio VII, y, aparentemente, el artículo 10 no hace más que traducir ese principio en medidas prácticas. De aquí que la cuestión de la validez del artículo 10 frente a los Estados que no sean partes en la Convención gire en torno a la naturaleza del «principio» en que se basa. ¿Dimana ese principio del derecho positivo existente o de un postulado conceptual? ¿Es suficiente el consenso expresado en la UNCTAD para hacer del principio una norma de derecho consuetudinario o es simplemente una norma de derecho imperfecta, «una etapa en el desarrollo progresivo y en la codificación de los principios del derecho internacional», que tiene que concretarse en la práctica de cada uno de los Estados para poder adquirir el carácter de una norma cabal de derecho internacional? [515].

---

[508] *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo* (La Habana, Cuba, noviembre de 1947-marzo de 1948), *Acta Final y documentos conexos*, Nueva York, Comisión Interina de la Organización Internacional de Comercio, 1948, pág. 47.

[509] *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, séptimo período de sesiones*, 195.ª sesión, pág. 329 (en francés e inglés solamente).

[510] GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, vol. IV (N.º de venta: GATT 1969-1), pág. 53. Para una opinión contraria, véase J. H. Jackson, *op. cit.*, pág 118.

[511] H. C. Hawkins, *op. cit.*, pág. 85.

[512] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 597, págs. 91 y 93,

[513] *Ibid.*, pág. 83.

[514] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. VII, *Quinta Comisión (Cuestión del libre acceso al mar de los países sin litoral)* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 58.V.4, vol. VII), pág. 74, documento A/CONF.13/C.5/L.1, anexo VI, comentario al artículo 8. Véase también el informe del grupo de trabajo a la Quinta Comisión (*ibid.*, pág. 81, documento A/CONF.13/C.5/L.16, párr. 13).

[515] Véase M. Virally, «Le rôle des *principes* dans le développement du droit international», y S. Bastid, «Observations sur une *étape* dans le développement progressif et la codification des principes du droit international», en: Faculté de droit de l'Université de Genève et Institut universitaire des hautes études internationales, Genève, *Recueil d'études de droit international — En hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Imprimerie de la «Tribune de Genève», 1968, págs. 531 y 532.

11) Ningún tratadista rechaza expresamente la norma propuesta en el artículo 14. Como dice un autor:

Es difícil evaluar la validez de la *clause réservée*. Dado que la cláusula es *res inter alios acta* en cuanto al Estado beneficiario, acreedor del trato más favorecido, no se acierta a ver cómo la *clause réservée*, a la que ese Estado no se ha adherido, puede reducir el alcance de compromisos contraídos respecto de él por el Estado concedente [516].

El mismo autor trata de distinguir entre dos situaciones:

Si el tratado en que se consagran las ventajas privilegiadas y se consigna respecto de ellas la *clause réservée* es anterior a la convención que otorga el trato más favorecido, se podría argumentar, habida cuenta de la necesaria publicidad de los tratados, que el Estado beneficiario no ha podido ignorar los compromisos contraídos por el Estado concedente como tampoco la *clause réservée* que los afecta. Se podría admitir en este caso una adhesión tácita del Estado beneficiario a la *clause réservée*. En cambio, tratándose de una *clause réservée* estipulada con posterioridad a las cláusulas de la nación más favorecida, el Estado concedente, que no ha acompañado estas últimas de ninguna disposición que limite su alcance, no puede *a posteriori* sustraerse a su aplicación en virtud de un compromiso concertado con el Estado favorecido, compromiso al cual es ajeno el Estado beneficiario [517].

No obstante, esta distinción parece ser injustificada y ninguna norma del derecho de los tratados confirma la argumentación en favor del efecto de la *clause réservée* estipulada con anterioridad a la cláusula de la nación más favorecida. El mismo autor citado desecha esta idea y llega a la conclusión siguiente:

Es sabida la solución [...] que ha dado la Corte Internacional de Justicia [en el Asunto Anglo-Iranian Oil Co.]. El trato de la nación más favorecida emana del tratado que lo estipula y sólo por referencia se aplican al Estado beneficiario las ventajas reconocidas al tercer Estado. La *clause réservée* no es oponible, pues, al Estado beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida, ya que sus derechos no dimanan del tratado en que se prevé la *clause réservée* [518].

Artículo 15.—No pertinencia del hecho de que el trato se conceda en virtud de un acuerdo bilateral o de un acuerdo multilateral

El Estado beneficiario tiene derecho al trato concedido por el Estado concedente a un tercer Estado independientemente de que ese trato se haya concedido en virtud de un acuerdo bilateral o de un acuerdo multilateral.

Comentario

1) La Comisión señaló ya que:

No es necesario [...] que el trato realmente concedido al tercer Estado, respecto a sí mismo, o a las personas o cosas de que se trate, se base en un tratado o acuerdo anterior. El simple hecho de un trato favorable basta para poner en marcha la cláusula. Sin embargo, el hecho de un trato favorable puede consistir también en la concertación o existencia de un acuerdo entre el Estado concedente y el tercer Estado en virtud del cual este último tenga derecho a ciertas ventajas. El Estado beneficiario, en virtud de la cláusula, puede también exigir las mismas ventajas que se hayan otorgado por el mencionado acuerdo al tercer Estado [519].

Parece obvio que, a menos que en la cláusula se disponga otra cosa, o que las partes estipulen otra cosa en el tratado, el beneficiario de la cláusula tiene derecho a las ventajas que de ella dimanan independientemente del hecho de que el trato privilegiado que el Estado otorgante conceda a un tercer Estado sea simplemente de hecho o en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral.

La cláusula de la nación más favorecida y los acuerdos multilaterales

2) Ahora bien, la cuestión de si una cláusula de la nación más favorecida atrae ventajas dimanantes de un acuerdo multilateral no carece de antecedentes. La relación entre los acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida y las «convenciones económicas plurilaterales» es un asunto que ya se examinaba en el período de la Sociedad de las Naciones. He aquí un resumen de las conclusiones del Comité Económico de la Sociedad de las Naciones:

En la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra a fin de redactar el Convenio internacional para la abolición de las prohibiciones y restricciones a la importación y exportación, se planteó la cuestión de si los Estados que no fueran parte en el Convenio podrían reivindicar, en virtud de acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida, el disfrute de las ventajas que se hubieran otorgado recíprocamente los signatarios del Convenio. Habida cuenta de esa consideración, se propuso incluso introducir en el Convenio una cláusula en ese sentido. Sin embargo, pronto se comprendió que la cuestión no podría resolverse en el instrumento, el cual no podría afectar el contenido de los acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida. La Conferencia comprendió la gran importancia del problema, tanto para los trabajos económicos de índole general de la Sociedad de las Naciones como para la celebración de futuros acuerdos económicos con el auspicio de la Sociedad, así como la naturaleza y alcance de tales acuerdos. Se señaló en la Conferencia que la celebración de convenciones multilaterales quedaría obstaculizada si los países, aun no adhiriéndose a dichos acuerdos, pudieran sacar ventaja, sin contraprestación ninguna, de los compromisos contraídos por los Estados signatarios de las convenciones.

Se pidió al Comité Económico de la Sociedad que hiciera un estudio a fondo de la cláusula de la nación más favorecida en los tratados comerciales y que formulara propuestas para reglamentarla de la manera más amplia y uniforme posible, y el Comité ha examinado minuciosamente la cuestión, a la cual se refiere el presente informe. A juicio del Comité, al recomendar la celebración de convenciones económicas multilaterales para mejorar la situación económica mundial y la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en la forma más amplia e incondicional posible, la Conferencia Económica Mundial de Ginebra no comprendió probablemente del todo que, hasta cierto punto, esas dos recomendaciones podían ser contradictorias. Un argumento de peso aducido en el Comité Económico fue que en ciertos casos los países tendrían poco o ningún interés en adherirse a una convención económica multilateral, o en contraer los compromisos que ella entrañara si, invocando la cláusula de la nación más favorecida incorporada a los acuerdos bilaterales, pudieran exigir automáticamente y sin incurrir en obligaciones correlativas, que fueran aplicables a ellos las obligaciones contraídas por los Estados signatarios de la convención plurilateral. Es más, se arguyó enérgicamente que tal posibilidad podría afectar gravemente todos los futuros trabajos económicos de la Sociedad de las Naciones y que el único medio de conjurar el peligro sería aprobar una disposición según la cual la cláusula de la nación más favorecida incorporada a los tratados comerciales bilaterales no afectaría por regla general las convenciones económicas multilaterales.

---

[516] P. Level, *loc. cit.*, pág. 336, párr. 20.

[517] *Ibid.*, párr. 21.

[518] *Ibid.*

[519] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 225, documento A/9010/Rev.1, cap. IV, secc. B, art. 5, párr. 5 del comentario.

No obstante, se objetó que una cláusula de ese tipo, en lugar de conducir, como recomendaba la Conferencia Económica Mundial, a la aplicación ilimitada de la cláusula de la nación más favorecida, serviría realmente para restringirla y que esa reserva sería probablemente mal interpretada y podría provocar una actitud hostil hacia la labor de la Sociedad de las Naciones en la esfera económica, sobre todo en los países donde la aplicación ilimitada de dicha cláusula constituye la base de las relaciones comerciales con los países extranjeros. Se arguyó, además, que era perfectamente concebible que un Estado no pudiera contraer, por causas reales y legítimas, los compromisos que entrañara una convención económica internacional; que la decisión final sobre si podría o no hacerlo correspondería al propio Estado; y que mal podría pedírsele que, como consecuencia de una cláusula de la nación más favorecida especialmente incorporada a los tratados comerciales bilaterales, renunciara al derecho de negarse en casos de ese tipo a aceptar un trato diferencial por parte de uno o más Estados.

Los argumentos aducidos por ambas partes son tan convincentes que el Comité Económico no ha podido hallar hasta ahora ninguna solución general y definitiva para este difícil problema.

Con todo, sus miembros consideran unánimemente que, si bien esa reserva en las convenciones multilaterales puede parecer legítima en algunos casos, sólo puede estar justificada en las de carácter general, cuyo fin es mejorar las relaciones económicas entre los pueblos, y no en las convenciones concertadas por algunos países para alcanzar fines especiales cuyos beneficios denegarían por ese medio a los demás Estados, mientras que éstos podrían obtener ventajas legítimas invocando el trato de la nación más favorecida.

Dicha reserva debería además estipularse expresamente y no debería privar a ningún Estado no participante en la convención multilateral de las ventajas de que goce en virtud de las leyes internas del Estado que participe en ella o en virtud de un acuerdo bilateral concertado por éste con un tercer Estado que no sea parte en dicha convención multilateral.

Finalmente, no debería admitirse esa reserva en los casos en que el Estado que reivindica las ventajas de la convención multilateral, aunque no se haya adherido a ella, esté dispuesto a conceder plena reciprocidad en la materia.

A juicio del Comité Económico, los países que, en lo referente a las condiciones de las convenciones económicas multilaterales, hayan aceptado incorporar a sus acuerdos bilaterales basados en la cláusula de la nación más favorecida una reserva definida según los principios expuestos precedentemente no actuarían en contra de las recomendaciones de la Conferencia económica mundial de Ginebra ni, por consiguiente, en forma incompatible con los objetivos que la Sociedad de las Naciones se ha propuesto alcanzar [520].

3) En los años siguientes se incorporaron reservas de esa clase a varios tratados europeos. Como ejemplo, puede citarse la siguiente disposición del tratado comercial celebrado entre la Unión Económica Bélgica-Luxemburgo y Suiza el 26 de agosto de 1929:

Queda entendido, además, que las Altas Partes Contratantes no podrán invocar la cláusula de la nación más favorecida para obtener los nuevos derechos o privilegios que cualquiera de ellas conceda en lo futuro en virtud de convenciones colectivas en las que no participe la otra parte, a condición de que esas convenciones se concierten con los auspicios de la Sociedad de las Naciones, o sean registradas por ella, y que los Estados puedan adherirse a ellas. No obstante, la Alta Parte Contratante interesada podrá reivindicar esos derechos o privilegios si también se hallan estipulados en convenciones distintas de las colectivas que satisfagan las citadas condiciones, o si la Parte que reivindica dichos derechos o privilegios está dispuesta a conceder trato recíproco [521].

[520] Sociedad de las Naciones, Recomendaciones del Comité Económico sobre la política arancelaria y la cláusula de la nación más favorecida (documento E.805.1933.II.B.1), págs. 102 a 104.

[521] Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CV, pág. 12.

4) Con anterioridad a la Conferencia Monetaria y Económica Mundial, celebrada en Londres en 1933, los países europeos habían formulado propuestas con miras a fijar un régimen preferente en materia de acuerdos colectivos, que en una u otra forma, tendían a hacer frente a la competencia comercial estadounidense en el mercado europeo [522]. Los Estados Unidos se opusieron enérgicamente a esas propuestas. La situación evolucionó un poco en la Conferencia de 1933, cuando el Secretario de Estado, Sr. Cordell Hull, expuso las condiciones en que los Estados Unidos estarían dispuestos a aceptar que los acuerdos multilaterales se exceptuaran de los compromisos de la nación más favorecida. La disposición presentada por el Sr. Hull a la aprobación de la Conferencia decía así:

Los Gobiernos participantes encarecen la aceptación generalizada del principio de que la norma de la igualdad no exige que se extienda a los países no participantes la reducción de las tasas arancelarias o de las restricciones de importación autorizada en virtud de acuerdos multilaterales y de la que permita esperar razonablemente un fortalecimiento económico de la zona comercial interesada de tal amplitud que resulte beneficioso para todas las naciones, siempre que esos acuerdos:

a) Comprendan una zona comercial de considerable magnitud;

b) Prevean reducciones que se lleven a efecto conforme a porcentajes uniformes de todas las tasas arancelarias o a cualquier otra fórmula cuya aplicación sea igualmente amplia;

c) Estén abiertos a la adhesión de todos los países;

d) Otorguen el beneficio de las reducciones a todos los países que efectivamente hagan las concesiones estipuladas, y

e) Siempre que los países partes en el acuerdo multilateral no aumenten apreciablemente, durante la vigencia del tratado multilateral, las barreras comerciales contra las importaciones provenientes de países ajenos a ese acuerdo [523].

Sin embargo, la Conferencia de 1933, «no sólo estaba condenada a sumarse a la ya larga lista de conferencias económicas internacionales frustradas sino que, como resultado del famoso mensaje del Presidente Roosevelt en el que rechazaba categóricamente las propuestas de estabilización monetaria presentadas a la Conferencia, ésta iba a terminar sin que ni siquiera se hicieran los esfuerzos, usuales en estos casos, para pretender que había hecho algo útil» [524]. Más adelante en 1933, en la Séptima Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Montevideo, el Secretario de Estado Hull presentó y logró hacer aprobar en principio un proyecto de convenio que tenía mucho en común con la propuesta que había presentado en la Conferencia de Londres.

5) La propuesta de los Estados Unidos llevó a que se abriera a la firma el 15 de julio de 1934 un Convenio relativo a la no aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a determinados convenios económicos

[522] Véanse más detalles en J. Viner, *The Customs Union Issue*, Studies in the administration of international law and organization, N.º 10, Nueva York, Carnegie Endowment for International Peace, 1950, págs. 22 y ss.

[523] Sociedad de las Naciones, Conferencia Monetaria y Económica, *Reports Approved by the Conference on July 27th, 1933, and Resolutions Adopted by the Bureau and the Executive Committee*, documento C.435.M.220.1933.II [Conf. M.E.22(1)], pág. 43.

[524] J. Viner, *op. cit.*, pág. 36.

multilaterales [525]. En las disposiciones sustantivas del Convenio se estipula lo siguiente:

Artículo I

Las Altas Partes Contratantes, en sus relaciones entre sí, salvo el caso previsto en el Artículo II, se comprometen a no invocar las obligaciones de la cláusula de la nación más favorecida, con el fin de obtener de las Partes en convenciones multilaterales del tipo mencionado de seguida, las ventajas o beneficios de que gozan las Partes en dichas convenciones.

Este artículo se refiere a las convenciones económicas multilaterales de aplicación general, que incluyen un área comercial de tamaño considerable, que tienen por objeto la liberalización y fomento del comercio u otro intercambio económico internacional y que estén abiertas a la participación de todos los países.

Artículo II

No obstante la estipulación del artículo I, cualquier Alta Parte Contratante puede pedir a un Estado con el cual mantiene un tratado que contiene la cláusula de la nación más favorecida el cumplimiento de dicha cláusula en la medida en que tal Alta Parte Contratante acuerde de hecho a tal Estado los beneficios que [ella] reclama.

6) No obstante la declaración del Secretario de Estado Hull citada en la Comisión [526], este Convenio solamente parece poder interpretarse en el sentido de que, según sus autores y salvo disposición en contrario, el trato de la nación más favorecida incluye los beneficios concedidos en virtud de un acuerdo multilateral. (Parece que la posición adoptada por los Estados Unidos en esa época ha sido interpretada de manera similar por M. Whiteman [527].) La intención del Convenio consistía evidentemente en crear por consentimiento mutuo una excepción convencional y, de ser posible, ampliamente aceptada, a la norma general. El ensayo fracasó porque sólo tres Estados se hicieron partes en el Convenio: Cuba, los Estados Unidos y Grecia. No puede atribuirse mucha importancia al hecho de que, al firmar el Convenio *ad referendum*, el Embajador de Bélgica adoptó la actitud de que éste no constituía una nueva norma sino que se limitaba a establecer lo que era ya norma de derecho internacional [528]. Lo que el Embajador de Bélgica consideraba norma establecida en 1935 fue objeto de una propuesta del Primer Ministro de Bélgica en 1938, M. van Zeeland, que en su informe presentado a solicitud de los Gobiernos de Gran Bretaña y Francia, recomendó que

se acepten excepciones a las cláusulas de la nación más favorecida a fin de permitir la concertación de acuerdos de grupo encaminados a reducir las barreras arancelarias, siempre que esos acuerdos estén abiertos a la adhesión de otros Estados [529].

7) La idea de que la cláusula de la nación más favorecida no debía dar lugar a los beneficios resultantes de las disposiciones de convenios comerciales multilaterales abiertos a la firma de todos los Estados se incluyó en la resolución de Bruselas de 1936 aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su 40.º período de sesiones (Bruselas, 1936). El párrafo 7 de dicha resolución dispone, entre otras cosas:

La cláusula de la nación más favorecida no da derecho [...] al trato resultante de las cláusulas de convenciones abiertas a la firma de todos los Estados y cuyo objeto sea facilitar y estimular el comercio y las relaciones económicas internacionales mediante la rebaja sistemática de los derechos aduaneros [...] [530].

8) En la doctrina fue un autor japonés, N. Ito, quien propuso que se hiciera una distinción en la esfera del comercio internacional y los aranceles aduaneros entre «tratados colectivos de interés particular» y «tratados colectivos de interés general»[531]. Las cláusulas de la nación más favorecida contenidas en tratados bilaterales darían derecho a los beneficios estipulados en los tratados del primer tipo, pero no concederían derecho a las ventajas prometidas en los tratados del segundo tipo porque, según se aducía, como esos tratados estaban abiertos a todos los Estados, sus ventajas podían adquirirse fácilmente mediante la adhesión. De esta manera, los Estados que se adhieren asumen también las obligaciones derivadas del tratado y se ponen en un pie de igualdad con las demás partes en el tratado, mientras que por el juego de la cláusula de la nación más favorecida los Estados podrían exigir las ventajas del tratado multilateral sin aceptar las obligaciones correspondientes [532].

9) Esta teoría fue muy criticada por E. Allix. Refiriéndose al argumento basado en el carácter abierto de los tratados multilaterales aludidos, dijo lo siguiente:

Son posibles aquí dos respuestas: según la primera, si la cláusula es incondicional, va a transformarse en cláusula condicional, pues el país que se adhiera al tratado deberá asumir las obligaciones correspondientes para recibir las ventajas. Pretender que sería inmoral que actuara de otra manera equivale a alterar el procedimiento de la cláusula incondicional, pues con ella se llega siempre a la concesión de ventajas gratuitas. ¿Cómo conciliar, además, la crítica hecha a propósito de los tratados multilaterales con la recomendación formulada por el Comité Económico de que se utilice siempre la forma incondicional? Por otra parte, no basta que el compromiso suscrito resulte oneroso en un momento dado *para que sea posible arrogarse el derecho de modificarlo**.

En definitiva, ¿qué es un tratado abierto? El propio Sr. Ito menciona el caso de un tratado en el que podrían ser partes teóricamente todos los Estados que lo desearan pero cuyas condiciones serían tales que sólo podrían cumplirlas en la práctica los Estados originalmente signatarios.

Por otra parte, estas condiciones, supuesto que sean realizables, distan mucho de carecer de importancia. El Estado que se adhiera posteriormente al tratado deberá aceptarlas sin haber podido discutirlas. Las obligaciones con las cuales se le hará pagar las ventajas que se le habrían debido gratuitamente si la cláusula hubiera sido incondicional pueden ser más onerosas para él que para los demás

[525] Convenio entre los Estados Unidos de América, la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, Colombia, Cuba, Grecia, Guatemala, Nicaragua y Panamá comprometiéndose a no invocar las obligaciones de la cláusula de la nación más favorecida para la obtención de las ventajas o beneficios establecidos en determinados convenios económicos multilaterales (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, pág. 9).

[526] Nota de 10 de mayo de 1935, dirigida al Presidente Roosevelt por el Secretario de Estado Cordell Hull, MS Department of State, File 710.G, Commercial Agreement 108 (véase *Anuario... 1968*, vol. I, pág. 209, 976.ª sesión, párr. 11 y nota 4).

[527] M. Whiteman, *op. cit.*, pág. 765.

[528] G. H. Hackworth, *op. cit.*, pág. 293.

[529] Sociedad de las Naciones, *Commercial Policy in the Interwar Period: International Proposals and National Policies* (publicación *P.º* 1942.II.A.6), pág. 84.

[530] *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II.

[531] N. Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, París, Les Editions internationales, 1930.

[532] G. Scelle, en *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, París, Sirey, 1934, vol. II, pág. 390, sostiene una posición similar.

países. Puede también tener razones particulares para no adherirse al tratado. La afiliación a una agrupación, aun cuando ésta sea puramente económica, tiene siempre consecuencias políticas que pueden impedírselo.

Exigir al país al que se concede la cláusula que se adhiera a un acuerdo que puede repugnarle es actuar casi como la persona que dijera a su acreedor: «Le había prometido pagar un millón, pero estoy dispensado de pagárselo, pues usted puede casarse con la Srta. X, quien se lo aportará como dote.»

El hecho de que, en tal caso, se privaría de todos los beneficios de la cláusula al país con el cual se había establecido el vínculo se desprende, además, claramente del hecho de que este país se encontraría exactamente en las mismas condiciones que los países que no habían obtenido la promesa del trato más favorable y que tendrán las mismas posibilidades que él de adherirse al tratado abierto.

Se nos lleva así a concluir que la cláusula de la nación más favorecida constituye un obstáculo para la negociación de tratados multilaterales y que este obstáculo sólo puede eliminarse mediante una reserva explícitamente formulada en el instrumento en que se ha estipulado o con el consentimiento amistoso de los Estados beneficiarios de la cláusula [533].

10) Las opiniones de Allix han recibido el apoyo de Rousseau, que dice:

[...] la exclusión [de las ventajas de un tratado colectivo] del Estado parte en un tratado bilateral, cualesquiera que sean los argumentos de oportunidad que militan a su favor, difícilmente puede conciliarse con la cláusula de la nación más favorecida y está en contradicción evidente con las garantías de igualdad dadas anteriormente al Estado beneficiario de dicha cláusula. Con el pretexto de frustar los cálculos egoístas de un Estado deseoso de obtener fácilmente ventajas arancelarias podría tal vez cometerse una inmoralidad peor negando a un cocontratante la aplicación de una cláusula cuyos beneficios se le habían prometido previamente.

[...] es preciso reconocer que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, esta última solución [una reserva explícitamente formulada o el consentimiento amistoso de los Estados beneficiarios de la cláusula] sería más correcta, pues cuidaría más de respetar el acuerdo de voluntades de los Estados, único fundamento sólido del derecho positivo [534].

El GATT y los Estados que no son partes en el Acuerdo

11) El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio no prevé una disposición similar a la del párrafo 4 del artículo 98 de la Carta de La Habana [535]. La piedra angular del Acuerdo General es una cláusula de la nación más favorecida de tipo incondicional. El Acuerdo está abierto a la adhesión de todos los Estados, o al menos así es como algunos autores [536] interpretan el texto de su artículo XXXIII, que dice lo siguiente:

Todo gobierno que no sea parte en el presente Acuerdo [...] podrá acceder a él [...] en las condiciones que fijen dicho gobierno y las PARTES CONTRATANTES. Las decisiones a que se refiere este párrafo las adoptarán las PARTES CONTRATANTES por mayoría de los dos tercios [537].

12) ¿Cuál es la posición de los terceros Estados que no son miembros del GATT? ¿Pueden reclamar las ventajas del GATT mediante la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida concertada con un Estado miembro del GATT? Esta pregunta ha sido contestada de manera muy positiva por J. H. Jackson, autoridad reconocida en cuestiones del GATT, que ha dicho:

Toda ventaja concedida por una parte contratante en el GATT a cualquier otro país debe otorgarse a todas las partes contratantes. Así, las ventajas concedidas por una parte contratante a un país que no sea miembro del GATT también deben otorgarse a todas las partes contratantes. Por consiguiente, si A y B son miembros del GATT pero X no lo es y A celebra un acuerdo comercial bilateral con X, todas las ventajas dispensadas a X en virtud de ese acuerdo deben concederse también a B. Y viceversa, si el tratado entre A y X contiene una cláusula de la nación más favorecida, X adquiere todas las ventajas que A debe otorgar a los miembros del GATT en virtud del conjunto de disposiciones del GATT. De ese modo, el GATT no sólo tiene efectos en lo que respecta a sus miembros. En las reuniones celebradas en Ginebra en 1947 se sugirió que las ventajas dimanantes del GATT se aplicasen sólo a los miembros del GATT, pero la idea fue rechazada [9]. En algunos casos, el resultado ha sido, en fin de cuentas, reducir considerablemente el incentivo que podría tener la adquisición de la calidad de miembro del GATT, pues, si un Estado ha celebrado un tratado bilateral con la cláusula de la nación más favorecida con sus principales asociados comerciales y éstos son miembros del GATT, ese Estado tiene la mayoría de las ventajas del GATT sin conceder nada a los miembros del GATT con quienes no tiene acuerdo comercial [10].

13) El Comité de estudio de cuestiones organizacionales y funcionales del GATT examinó en 1955 el problema que plantea el hecho de que las Partes Contratantes hagan extensivos a partes no contratantes, mediante acuerdos bilaterales, los beneficios del Acuerdo General. Se señaló en el curso de las deliberaciones que las partes no contratantes gozaban frecuentemente de todos los beneficios del Acuerdo sin tener que asumir las obligaciones correspondientes. Pese a cierto descontento creado por esta situación, la mayoría de los miembros coincidieron en opinar que incumbía a cada una de las partes contratantes decidir qué actitud deseaba adoptar al respecto [539].

14) Según el Manual soviético de derecho internacional, Austria, después de adherirse al GATT, no hizo extensivas inmediatamente a la Unión Soviética los aranceles aduaneros del GATT, pese a la existencia de un tratado en vigor entre ambos países que estipulaba el trato de la nación más favorecida. Sólo se aplicaron esos aranceles a la URSS después de una solicitud expresa de ésta. Otros países de Europa occidental que habían celebrado tratados de la nación más favorecida con la Unión Soviética hicieron extensivas automáticamente a los productos soviéticos las ventajas previstas por el GATT [540].

[9] Documento de las Naciones Unidas, E/PC/T/C.II/3, 14 (1946), pág. 14.

[10] Esto puede explicar por qué relativamente pocos países latinoamericanos son miembros del GATT. Entre los que no son miembros figuran Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Paraguay y Venezuela [538].

[533] E. Allix, «Les aspects juridiques de la clause de la nation la plus favorisée», *Revue politique et parlementaire*, París, vol. 149, julio-septiembre de 1931 y 232.

[534] Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, París, Pédone, 1944, vol. I, págs. 777 y 778.

[535] Véase *supra* párr. 6 del comentario al artículo 14.

[536] Véase E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 266.

[537] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 62, pág. 35.

[538] J. H. Jackson, *op. cit.*, págs. 257 y 258.

[539] Documento GATT L/327, citado en K. Hyder (Hasan), *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, La Haya, Nijhoff, 1968, pág. 78, nota 2. Véase también *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 247, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 187.

[540] Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *Kurs... (op. cit.)* pág. 270.

Otros acuerdos multilaterales abiertos y los Estados que no son partes en ellos

15) Antes de suscribir el Acuerdo para la Importación de Objetos de Carácter Educativo, Científico y Cultural, de 22 de noviembre de 1950 (Acuerdo de Florencia) [541], los Estados Unidos reclamaron, en virtud de cláusulas de la nación más favorecida, el mismo trato para los productos estadounidenses que el que se concedieran recíprocamente las partes en el Acuerdo Así, el 12 de junio de 1963, el Departamento de Estado hizo llegar las siguientes instrucciones a la Embajada de los Estados Unidos en Roma

En vista de que las medidas del Gobierno italiano han puesto a las exportaciones estadounidenses de equipo científico en una situación desventajosa respecto de la competencia, se sugiere que la Embajada trate el asunto oficiosamente con las autoridades italianas correspondientes El objeto de esas conversaciones sería lograr la franquicia aduanera del material de ese tipo que se importe de los Estados Unidos para su venta a las instituciones autorizadas Al plantear la situación al Gobierno de Italia, la Embajada podría señalar que el párrafo 1 del artículo XIV de nuestro Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Italia [542] y el párrafo 1 del artículo I del GATT [543] estipulan el trato incondicional de la nación más favorecida para los productos estadounidenses Pese a que hay excepciones concretas a este trato, el Acuerdo de Florencia no parece ser una de ellas Si Italia concede la franquicia aduanera, en determinadas circunstancias, al material científico proveniente de cualquier otro país, debe, en consecuencia, conceder el mismo trato a las importaciones de material científico provenientes de los Estados Unidos [544]

Al presentar al Congreso el proyecto de ley para poner en vigor este Acuerdo, el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos preparó una respuesta afirmativa a la pregunta de si un país que no fuera parte en el Acuerdo «tendría derecho, con arreglo a la cláusula de la nación más favorecida, a la franquicia aduanera concedida por una parte en el Acuerdo a otra». Explicó que «los Estados Unidos consideran que, jurídicamente, un país que no sea parte en el Acuerdo tiene derecho a ese trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida del tipo incondicional concertada con otra parte en tal Acuerdo», aunque reconoció que algunas partes en el Acuerdo podrían responder negativamente a esta pregunta [545].

16) El 21 de octubre de 1957, con ocasión de una Reunión de Expertos Gubernamentales sobre el Acuerdo para la Importación de Objetos de Carácter Educativo, Científico y Cultural (celebrada en Ginebra del 21 al 29 de octubre de 1957), se reseñó la siguiente intervención del representante de Francia

[ ] recuerda que las disposiciones del párrafo 1 del artículo I solo se aplican a los materiales mencionados en los anexos A, B, C, D y E del Acuerdo y que provengan de otro Estado contratante No obstante, Francia concede la entrada franca a esos materiales, prescindiendo del país de origen o de exportación, pues considera que, en virtud de la cláusula de la «nación más favorecida» de tipo incondicional incluida en los acuerdos comerciales que ha celebrado con la mayoría de los países, y tomando en cuenta las obligaciones mencionadas en el inciso *a* del artículo IV del Acuerdo, no se debería distinguir, en relación con los materiales, entre países de origen o de exportación El Gobierno de Francia desea saber si tal interpretación es aceptada por los demás Estados Contratantes [546]

17) El inciso *a* del artículo IV del Acuerdo de Florencia antes mencionado estipula que las partes «se comprometen en la medida de lo posible [ ] a continuar sus esfuerzos conjuntos para promover por todos los medios la libre circulación» de los materiales a que se refiere el acuerdo, «y a abolir o reducir cualquier restricción a esa libre circulación que no esté prevista en el presente Acuerdo» [547]

18) Los tres asuntos siguientes también sirven para ilustrar esta cuestión En el primer caso, la Asia Trading Company, de Yakarta, presentó una demanda ante el Tribunal de Distrito de Amsterdam contra la empresa Biltimex, de Amsterdam El demandado pidió al Tribunal que decidiera exigir al demandante, por ser una empresa extranjera, el depósito de una fianza de arraigo en juicio *(cautio judicatum solvi)* El demandante se opuso a ello El Tribunal decidió que debía denegar lo solicitado por el demandado y abstenerse de requerir la fianza Para ello se basaba en el artículo 24 del Estatuto de la Unión de los Países Bajos e Indonesia formalizado el 2 de noviembre de 1949, que prometía a los nacionales de los dos miembros de la Unión un trato sustancialmente igual al concedido a los nacionales de la otra parte y, en todo caso, el trato de la nación más favorecida La última disposición garantizaba a los indonesios la exención de la *cautio judicatum solvi*, pues los Países Bajos habían dispensado anteriormente a otros extranjeros y empresas extranjeras de tal caución, de conformidad con el Convenio de La Haya sobre Procedimiento Civil de 17 de julio de 1905 [548]

19) Un segundo asunto sirve de argumento *a contrario* en favor de la proposición antes mencionada Aunque la demanda fundada en la cláusula de la nación más favorecida es rechazada, ello se debe a que la materia que es objeto del tratado multilateral que se invoca (el Convenio de La Haya sobre Procedimiento Civil de 17 de julio de 1905) no pertenece a la misma categoría, *ejusdem generis*, que la que es objeto de la cláusula aducida por el apelante Así, implícitamente, el fallo admite que si la cláusula y el tratado multilateral se hubieran referido a la misma materia, no se habrían denegado al apelante los beneficios de ese tratado El apelante, ciudadano de los Estados Unidos, domiciliado en Bélgica, había contraído una deuda, reconocida, con la parte contraria Encontrándose en los Países Bajos, fue encarcelado por esa deuda en virtud de un auto dictado por el Presidente del Tribunal de Distrito de Zutphen El apelante solicitó su libertad ante el Presidente del Tribunal de Distrito de La Haya, pero su demanda fue desestimada Recurrió luego ante el Tribunal de Apelación de La Haya, aduciendo, entre otras cosas, las disposiciones de dos tratados en virtud de los cuales, según él, debía ponérsele en libertad La primera de esas disposiciones era el artículo 24 del

[541] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 131, pág 25

[542] Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, firmado en Roma el 2 de febrero de 1948 (*ibid*, vol 79, pag 226)

[543] *Ibid*, vol 55, pag 197 y vol 138, pag 337

[544] Vease M Whiteman, *op cit*, pags 766 y 767

[545] *Ibid*, pag 767

[546] Documento UNESCO/MC/34/SR I-II, pag 10, citado por M Whiteman, *op cit*, pag 768

[547] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 131, pag 31

[548] *Asia Trading Co, Limited contra Biltimex, Tribunal de Distrito de Amsterdam, 17 de octubre de 1951* Vease *Anuario 1973*, vol II, pág 139, documento A/CN 4/269, parr 55

Convenio sobre Procedimiento Civil de 17 de julio de 1905 [549]. El apelante invocaba también el artículo III, sección I, del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre los Países Bajos y los Estados Unidos el 27 de marzo de 1956 [550]. El apelante alegó que podía acogerse a los beneficios del artículo 24 del Convenio de La Haya sobre Procedimiento Civil en virtud del mecanismo de la cláusula de la nación más favorecida. El Tribunal, que denegó la apelación, declaró lo siguiente:

[...] El apelante considera que su prisión es ilegal por ser una medida contraria al artículo III, sección I, del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre los Países Bajos y los Estados Unidos, ratificado por la Ley (Países Bajos) de 5 de diciembre de 1957 [...] Esta disposición, aun suponiendo que obliga a todas las partes, no impide que un ciudadano de los Estados Unidos sea encarcelado en este país en virtud del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil. La prisión por deudas, en efecto, no infringe la protección de derechos que el Reino de los Países Bajos debe observar, en virtud del Tratado, con respecto a los ciudadanos de los Estados Unidos. Además, tanto del artículo V del Tratado, como del artículo V del Protocolo de firma anexo se desprende claramente que el Tratado es sólo de alcance limitado en lo que se refiere al procedimiento civil: no se hace mención alguna de la prisión por deudas, ni mucho menos se prohíbe. Una interpretación más amplia del artículo III, sección I, como la postulada por el apelante y en virtud de la cual los ciudadanos de los Estados Unidos en este país gozarían de la protección del artículo 24 del Convenio sobre Procedimiento Civil, sin que los Estados Unidos se hayan adherido a él, es, en consecuencia, inaceptable para este Tribunal [551].

20) En un tercer caso se ha admitido de nuevo expresamente que los privilegios concedidos en virtud de un «tratado internacional multilateral o bilateral» pueden ser invocados en razón de una cláusula de la nación más favorecida [552].

21) En lo que respecta a los llamados tratados multilaterales abiertos, se ha comprobado que no existe tal uso constante y uniforme, reconocido como norma jurídica, que pueda justificar un proyecto de norma que exceptúe a los tratados multilaterales abiertos, es decir, que excluya las ventajas que resulten de tales tratados, de la aplicación de cláusulas de la nación más favorecida. En un concienzudo estudio reciente se llega a la misma conclusión:

En la actualidad no parece fundado en derecho decir que una costumbre excluye del ámbito de la cláusula a las convenciones multilaterales abiertas. Ni el elemento material —el comportamiento usual de los Estados— ni la *opinio juris* intervienen aquí. El sentir dominante, por lo menos, permite abordar la cuestión desde distintos puntos de vista y con el deseo de no dejar de destacar los elementos que puedan conducir a una conclusión inversa

...

[...] en el estado actual del derecho internacional, la única solución jurídica reside en la inserción de una excepción expresa a la cláusula [553].

22) Respecto de los tratados multilaterales «cerrados», se ha llegado también a la conclusión de que las ventajas otorgadas en ellos no escapan a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Se ha sostenido que la razón principal (aunque errónea —véase a este respecto E. Allix, antes citado [554]) para excluir las ventajas concedidas en un tratado multilateral abierto de la aplicación de una cláusula de la nación más favorecida es que los Estados pueden obtener fácilmente las ventajas de tales tratados adhiriéndose a ellos. De esta manera, los Estados asumen igualmente las obligaciones derivadas del tratado y se ponen en situación de igualdad con las demás partes en el tratado, en tanto que por la acción de una cláusula de la nación más favorecida esos Estados sólo reclamarían las ventajas del tratado multilateral abierto sin contraer las obligaciones que él impone. De este razonamiento se desprende que en el caso de un tratado multilateral cerrado esa posibilidad de adherirse fácilmente ya no existe y —*cessante causa cessat effectus*— no hay ya ninguna razón para que las ventajas de tal tratado queden excluidas de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

23) Basándose en las consideraciones que anteceden, la Comisión aprobó el artículo 15 que dispone que el Estado beneficiario tiene derecho al trato concedido por el Estado otorgante a un tercer Estado independientemente de que ese trato se haya otorgado en virtud de un acuerdo bilateral o de un acuerdo multilateral. No obstante, la Comisión se reservó su posición respecto del caso de las uniones aduaneras y asociaciones similares de Estados que se propone considerar por separado.

Textos presentados por el Relator Especial relativos al caso de las uniones aduaneras y otras asociaciones semejantes de Estados

24) En su sexto informe (A/CN.4/286) [555], el Relator Especial del tema presentó un breve estudio sobre la cuestión de si una cláusula de la nación más favorecida atrae o no las ventajas otorgadas dentro de uniones aduaneras y otras asociaciones semejantes de Estados. La Comisión, por las razones que se exponen más

[549] El artículo 24 dice lo siguiente:

«La prisión por deudas, sea como medio de ejecución, sea como medida simplemente para asegurar el pago, no podrá ser aplicada, en materia civil o comercial, a los extranjeros súbditos de uno de los Estados contratantes, en los casos en que no fuera aplicable a aquéllos en su propio país. El hecho que pudiera ser invocado por un súbdito domiciliado en el país para obtener el levantamiento de la prisión por deudas, debe producir el mismo efecto en provecho del súbdito de un Estado contratante, aun cuando el hecho se haya ocasionado en el extranjero.»

(Para el texto español del Convenio, véase L. Moutón *et al.*, *Enciclopidia Jurídica Española*, Barcelona, Francisco Seix, ed., tomo vigésimo quinto, págs. 900 y ss.).

[550] Esta disposición dice lo siguinte:

«Los nacionales de cada una de las Partes no serán sometidos a molestia alguna y recibirán la protección y seguridad más efectivas. Se les concederá en análogas circunstancias un trato no menos favorable que el concedido a los nacionales de dicha otra Parte para la protección y seguridad de sus personas y derechos. Dicho trato no será en ningún caso menos favorable que el dispensado a los nacionales de cualquier tercer país o el exigido por el derecho internacional.»

[551] *McLane contra N.V. Koninklijke Vleeswarenfabriek B. Linthorst en Zonen, Países Bajos, Tribunal de Apelación de La Haya, 4 de febrero de 1959* (*Anuario... 1973*, vol. II, págs. 144 y 145, documento A/CN.4/269, párr. 68).

[552] *Oficina de Impuestos contra Fulgor (Compañía Griega de Electricidad), Grecia, Consejo de Estado, decisión de 28 de mayo de 1969* (*ibid.*, págs. 151 y 152, documento A/CN.4/269, párr. 87).

[553] E. Sauvignon, *op. cit.*, págs. 267 y 268.

[554] Véase párr. 9 *supra*.

[555] Se publicará en *Anuario... 1975*, vol. II.

adelante [556], decidió incluir en los párrafos 25 a 65 del comentario al presente artículo una parte de la documentación contenida en el informe del Relator Especial, así como un resumen de las conclusiones del Relator Especial sobre la materia.

25) A juicio del Relator Especial, las «asociaciones semejantes de Estados», además de las uniones aduaneras, son las siguientes: *a*) una zona de libre comercio; *b*) todo régimen provisional que lleve a la formación de una unión aduanera o de una zona de libre comercio; y *c*) toda asociación o agrupación de Estados que se base en una unión aduanera, una zona de libre comercio o un régimen provisional que lleve a una unión aduanera o una zona de libre comercio.

26) Muchos tratados comerciales y de otro tipo contienen excepciones explícitas en cuanto a las ventajas otorgadas dentro de una unión aduanera o de otras asociaciones. Otros tratados no contienen ninguna excepción y hay todavía otros que sí contienen excepciones, pero no las relativas a uniones aduaneras y asociaciones semejantes. Un tratado multilateral importante, el del GATT, contiene en su artículo XXIV una excepción muy detallada relativa a uniones aduaneras y zonas de libre comercio. La interpretación de esa excepción ha suscitado muchos debates y dificultades [557].

27) La pregunta a que hay que responder fue formulada por el Relator Especial en la forma siguiente: si las partes en una cláusula de la nación más favorecida no han convenido expresamente que las ventajas otorgadas por un miembro de una unión aduanera o de una asociación semejante a otro miembro quedarán exceptuadas de la aplicación de la cláusula, ¿atraerá la cláusula tales ventajas o debe considerarse, cuando se trate de interpretar la cláusula, que dicha excepción está implícita?

Ejemplos de diferentes tipos de tratados desde el punto de vista de las excepciones en lo tocante a las uniones aduaneras

28) El Acuerdo Comercial entre el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Gobierno del Commonwealth de Australia, firmado en Moscú el 15 de octubre de 1965, contiene excepciones a la aplicación de la cláusula, pero ninguna de ellas se refiere a las uniones aduaneras. El texto del artículo 5 del Acuerdo, que contiene las excepciones, es el siguiente:

Artículo 5

Las disposiciones de los artículos 1 y 2 del presente acuerdo no se aplicarán:

a) A las preferencias o ventajas otorgadas por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas a los países limítrofes de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas;

b) A las preferencias o ventajas otorgadas por el Commonwealth de Australia dentro del marco del Commonwealth de naciones o a Irlanda [558].

29) A continuación figuran ejemplos de cláusulas que excluyen explícitamente las ventajas otorgadas dentro de una unión aduanera o de asociaciones semejantes: El Acuerdo Comercial entre el Gobierno de la República de Filipinas y el Gobierno del Commonwealth de Australia, firmado en Manila el 16 de junio de 1965, contiene gran número de excepciones a la aplicación de la cláusula, entre las que figura expresamente la asociación de una de las partes a una unión aduanera o zona de libre comercio. La cláusula de excepción de ese Acuerdo dice lo siguiente:

Artículo V

Las disposiciones de los artículos III y IV del presente acuerdo no se aplicarán:

a) A las preferencias arancelarias ni a otras ventajas que en la actualidad otorga la República de Filipinas a los Estados Unidos de América;

b) A las preferencias arancelarias ni a otras ventajas que el Commonwealth de Australia otorga a sus territorios externos o a cualquier otro país que en la actualidad pertenezca al Commonwealth de naciones, incluidos los territorios externos, o a Irlanda;

c) A las preferencias arancelarias ni a otras ventajas que cualquiera de los gobiernos otorgue a un tercer país que no sean incompatibles con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio o que se atengan a cualquier acuerdo internacional celebrado con los auspicios de las Naciones Unidas, incluso las preferencias y ventajas derivadas de la asociación de una de las partes en una unión aduanera o zona de libre comercio;

d) A las medidas que cualquiera de los gobiernos considere necesarias para salvaguardar su posición financiera externa y su balanza de pagos;

e) A las medidas que cualquiera de los gobiernos pueda tomar para cumplir sus obligaciones derivadas de cualquier convenio multilateral sobre productos básicos que esté abierto a la participación de las partes en el presente acuerdo [559].

30) En el Acuerdo Comercial entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la República de Dahomey, firmado en Porto Novo el 10 de julio de 1963, la cláusula de excepción dice lo siguiente:

Artículo 1

...

[...] Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a:

c) Las ventajas que dimanen de acuerdos relativos a una unión aduanera que haya concertado o que pueda concertar en lo futuro cualquiera de las Partes Contratantes [560].

31) En el Acuerdo Comercial entre el Gobierno de Grecia y el Gobierno del Pakistán, firmado en Atenas el 17 de enero de 1963, la cláusula de excepción dice lo siguiente:

Artículo IV

Las ventajas que se establecen en el artículo III del presente acuerdo no se aplicarán:

i) A las preferencias que conceda cualquiera de los dos países para facilitar el tráfico fronterizo;

ii) A las ventajas dimanadas de una unión aduanera que haya concertado previamente o que pueda concertar en lo futuro cualquie-

[556] Véase párr. 71 *infra*.

[557] Véanse párrs. 35 y ss. *infra*.

[558] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 553, pág. 247.

[559] *Ibid.*, vol. 541, pág. 35.

[560] *Ibid.*, vol. 528, pág. 169.

ra de las dos Partes Contratantes, o que dimanen de un sistema de libre cambio como el que existe en una zona de libre comercio;

iii) A las preferencias y ventajas autorizadas por el GATT, particularmente las establecidas en el Artículo I y en el párrafo II del Artículo XXIV del GATT [561].

32) En el Tratado de Comercio, Establecimiento y Navegación entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Japón, firmado en Londres el 14 de noviembre de 1962, la cláusula de excepción dice lo siguiente:

Artículo 29

...

3) Las disposiciones del presente Tratado relativas a la concesión de un trato no menos favorable que el que se conceda a cualquier otro país extranjero no deberán interpretarse en el sentido de que obligan a una de las Partes Contratantes a extender a la otra el beneficio de todo trato, preferencia o privilegio que dicha Parte pueda conceder en virtud de:

a) La formación de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, o

b) La aprobación de un acuerdo que tenga por objeto proceder a la formación de tal unión o zona en un plazo razonable [562].

33) La cláusula de excepción más significativa respecto de las uniones aduaneras es la del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que se trata más adelante [563].

Definiciones

34) Según la Corte Permanente de Justicia Internacional, los requisitos de una unión aduanera son los siguientes:

uniformidad del derecho aduanero y de los aranceles aduaneros: unidad de las fronteras aduaneras y del territorio aduanero en relación con terceros Estados; exención de derechos de importación y de exportación en el intercambio de bienes entre los Estados partes; distribución de los derechos recaudados con arreglo a una cuota fija [564].

35) La definición de la Corte estaba destinada a tener una validez general, mientras que la que figura en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio sólo es aplicable para los efectos de ese Acuerdo y por lo tanto es muy diferente. Según el párrafo 8 del artículo XXIV del GATT:

a) Se entenderá por unión aduanera, la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero, de manera:

i) que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios consitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios; y

ii) que, a reserva que las disposiciones del párrafo 9, cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en sustancia, sean idénticos.

b) Se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio [565].

36) No obstante, otras disposiciones del artículo XXIV establecen otras condiciones que deben concurrir para que una unión aduanera o una zona de libre comercio puedan constituir una excepción plena a la cláusula de la nación más favorecida del Acuerdo. La mayor parte de estas disposiciones fueron citadas en el segundo informe del Relator Especial y por razones de orden práctico se reproducen a continuación:

...

4. Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos sin obstaculizar el de otras partes contratantes con estos territorios.

5. Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, a condición de que:

a) En el caso de una unión aduanera o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una unión aduanera, los derechos de aduana que se apliquen en el momento en que se establezca dicha unión o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean en conjunto, con respecto al comercio con las partes contratantes que no formen parte de tal unión o acuerdo, de una incidencia general más elevada, ni las demás reglamentaciones comerciales resulten más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la unión antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso;

b) En el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una zona de libre comercio, los derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al comercio de las partes contratantes que no formen parte de tal territorio o acuerdo, en el momento en que se establezca la zona o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso; y

c) Todo acuerdo provisional a que se refieren los apartados *a* y *b* anteriores comprenda un plan y un programa para el establecimiento, en un plazo razonable, de la unión aduanera o de la zona de libre comercio.

6. Si, al cumplir las condiciones estipuladas en el apartado *a* del párrafo 5, una parte contratante tiene el propósito de aumentar un derecho de manera incompatible con las disposiciones del artículo II, será aplicable el procedimiento establecido en el artículo XXVIII. Al determinar las compensaciones, se tendrá debidamente en cuenta la

[561] *Ibid.*, vol. 538, pág. 179.

[562] *Ibid.*, vol. 478, págs. 120 y 122.

[563] Véanse párrs. 35 y ss. *infra*.

[564] Régimen aduanero entre Alemania y Austria, Protocolo de 19 de marzo de 1931, *C.P.J.I.* Series A/B, N.º 41, Opinión Consultiva de 5 de septiembre de 1931, pág. 51.

[565] GATT, *Instrumentos básicos y documentos diversos*, vol. IV (N.º de venta: GATT/1969-1), págs. 46 y 47.

compensación que resultaría ya con las reducciones efectuadas en el derecho correspondiente de los demás territorios constitutivos de la unión.

7. *a*) Toda parte contratante que decida formar parte de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, o participar en un acuerdo provisional tendiente a la formación de tal unión aduanera o de tal zona de libre comercio, lo notificará sin demora a las PARTES CONTRATANTES, facilitándoles, en lo que concierne a la unión o zona en proyecto, todas las informaciones que les permitan someter a las partes contratantes los informes y formular las recomendaciones que estimen pertinentes.

b) Si, después de haber estudiado el plan y el programa comprendidos en un acuerdo provisional a que se refiere el párrafo 5, en consulta con las partes en tal acuerdo y teniendo debidamente en cuenta las informaciones puestas a su disposición de conformidad con el apartado *a* de este párrafo, las PARTES CONTRATANTES llegan a la conclusión de que dicho acuerdo no ofrece probabilidades de dar por resultado el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio en el plazo previsto por las partes del acuerdo, o consideran que este plazo no es razonable, las PARTES CONTRATANTES formularán sus recomendaciones a las partes en el citado acuerdo. Estas no lo mantendrán o no lo pondrán en vigor, según sea el caso, si no están dispuestas a modificarlo de conformidad con tales recomendaciones.

c) Toda modificación sustancial del plan o del programa a que se refiere el apartado *c* del párrafo 5, deberá ser comunicada a las PARTES CONTRATANTES, las cuales podrán solicitar de las partes contratantes interesadas que inicien consultas con ellas, si la modificación parece que puede comprometer o diferir indebidamente el establecimiento de la unión aduanera o de la zona de libre comercio [566].

37) Como explica Jackson, el artículo XXIV sustrae de las obligaciones del GATT a tres tipos de acuerdos regionales: 1) una unión aduanera, 2) una zona de libre comercio y 3) un «acuerdo provisional» con miras al establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio. La razón fundamental explícita en que se apoya esta excepción es el reconocimiento expresado en el párrafo 4 del artículo XXIV, de que los acuerdos regionales pueden «aumentar la libertad del comercio» mediante «una integración mayor de las economías». Reconocen también el peligro de «obstaculizar el [comercio] de otras partes contratantes» [567].

No obstante, nada se dice sobre los obstáculos al comercio de los que no son partes en el GATT.

El principio que informa el artículo XXIV es que si concurren los requisitos y condiciones jurídicas particulares de uno de los tres acuerdos mencionados, la excepción a las obligaciones del GATT (en lo que se refiere a la cláusula de la nación más favorecida) funcionará automáticamente y no se requerirá ninguna medida especial del GATT [568]. De conformidad con el párrafo 10 del artículo XXIV, las Partes Contratantes pueden aprobar casos excepcionales por una mayoría de dos tercios. Para los efectos que aquí importan es de particular interés señalar que los términos del párrafo 5 del artículo XXIV, que establece la excepción, se aplican solamente a los acuerdos regionales entre los territorios de las partes contratantes; por ejemplo, si un Estado que no es parte en el GATT pertenece a la unión aduanera, zona de libre comercio o acuerdo provisional de que se trate, ese acuerdo no podrá acogerse a la «excepción automática» establecida en el GATT [569].

38) Las disposiciones del artículo XXIV han sido analizadas de un modo u otro en innumerables documentos del GATT y en muchos trabajos doctrinales [570]. Baste con indicar brevemente aquí algunos de los problemas más controvertidos: ¿cuáles son los criterios para definir la «creación del comercio» y la «desviación del comercio», tal como se entiende que estas expresiones compendian la idea del párrafo 4? ¿Cuál es el significado de las siguientes expresiones: «... [los derechos de aduana] no sean en conjunto,... de una incidencia general más elevada, ni [las demás reglamentaciones comerciales resulten] más rigurosas...» (párr. 5 *a*); «... un plan y un programa...» (párr. 5 *c*); «... plazo razonable...» (párr. 5 *c*); «... lo esencial de los intercambios comerciales...» (párr. 8 *i*), etcétera?

39) Es de interés advertir que ni uno solo de los acuerdos de unión aduanera o de zona de libre comercio que se han presentado a las Partes Contratantes se ha ajustado por completo a las condiciones requeridas por el artículo XXIV. Sin embargo, las Partes Contratantes se han visto obligadas a conceder excepciones de una u otra clase para cada uno de los acuerdos propuestos [571]. Las Partes Contratantes no han podido decir si los proyectos principales examinados por ellas reunían las condiciones requeridas, de conformidad con las normas del GATT, para ser consideradas como uniones aduaneras o zonas de libre comercio. En el caso de la Comunidad Económica Europea, se acordó oficialmente dejar a un lado «por el momento» las cuestiones jurídicas y la cuestión de la compatibilidad del Tratado de Roma con el Acuerdo General. En el caso de la Asociación Europea de Libre Intercambio y de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, la conclusión fue que las cuestiones jurídicas no podían ser examinadas de un modo positivo en el momento actual y que «en la coyuntura actual» no sería «adecuado pronunciarse oficialmente sobre la cuestión jurídica» [572].

La práctica de los Estados

40) Los Estados partes en un tratado que conceden derechos de la nación más favorecida pueden libremente, en virtud de su soberanía, convenir en una limitación a esos derechos. Pueden limitar —y de hecho limitan generalmente— la aplicación de la cláusula a ciertos campos (comercio, derechos aduaneros, derechos

[566] *Ibid.*, págs. 45 y 46.

[567] Jackson, *op. cit.*, pág. 581.

[568] *Ibid.*, págs. 581 y 582. Véanse también las muchas fuentes documentales citadas por Jackson.

[569] *Ibid.*, pág. 582.

[570] J. H. Jackson, *op. cit.*; T. Flory, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968; K. W. Dam, *The GATT, law and international economic organization*, Chicago, University of Chicago Press, 1970, etc.

[571] K. W. Dam, «Regional economic arrangements and the GATT: the legacy of a misconception», en: *The University of Chicago Law Review*, vol. 30, N.º 4 (verano 1963), págs. 660 y 661.

[572] G. Patterson, *Discrimination in International Trade: The Policy Issues, 1945-1965*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1966, págs. 157 y 158. Para detalles sobre estos casos, véase G. P. Verbit, «Preferences and the Public Law of International Trade: The End of Most-Favoured-Nation Treatment?» en: Hague Academy of International Law, *Colloquium, 1968: International Trade Agreements*, Leiden, Sijthoff, 1969, págs. 48 y 49.

consulares, etc.) y pueden también —caso que hacen con mucha frecuencia— excluir de la aplicación de la cláusula algunas ventajas concedidas a ciertos terceros Estados u otorgadas en relación con contextos específicos, o reservarse la facultad de dejar de aplicar el trato de la nación más favorecida en determinadas circunstancias [573].

41) Las estipulaciones que excluyen las concesiones otorgadas dentro del ámbito de uniones aduaneras o asociaciones semejantes de Estados son frecuentes. R. C. Snyder, que ha analizado los tratados económicos celebrados entre las dos guerras mundiales, ha encontrado 280 cláusulas de excepción relativas a uniones aduaneras durante ese período. Este autor indica que el Tratado de Rapallo contiene una estipulación característica del tipo general de disposición sobre este materia: en él se excluyen de la aplicación normal de la cláusula de la nación más favorecida los «privilegios concedidos por una de las Partes Contratantes a un tercer Estado con motivo de una unión aduanera ya establecida o que se ha de establecer». A veces, los conceptos de «unión económica» o «entendimiento económico» sustituyen, al parecer, la expresión «unión aduanera», aunque no son necesariamente conceptos idénticos [574]. Esta situación no ha variado en esencia después de la segunda guerra mundial. Se cree que la mayoría de los acuerdos comerciales, es decir, los relativos a aranceles aduaneros y asuntos conexos, contienen una excepción explícita a la cláusula de la nación más favorecida en lo que se refiere a ventajas dimanantes de una unión aduanera. El fenómeno, no obstante, no es nuevo.

Comité Económico de la Sociedad de las Naciones

42) En un documento de la Sociedad de las Naciones titulado «Recommendations of the Economic Committee relating to tariff policy and the most-favoured-nation clause», de 16 de febrero de 1933, se dice lo siguiente:

La cláusula de nación más favorecida suele incluir una disposición en virtud de la cual se da a cada una de las partes la posibilidad de concertar una unión aduanera total con una tercera Potencia. En tal caso, la nueva unidad económica se convierte, en la práctica, en algo distinto de la unidad política, y la unión aduanera puede considerarse como la abolición de una frontera aduanera y no como una forma de discriminación hacia proveedores extranjeros en competencia.

En esos casos, la excepción a la cláusula de nación más favorecida reviste la forma de una reserva con respecto a los privilegios concedidos a una tercera Potencia en virtud de una unión aduanera ya concertada o que pueda concertarse en lo futuro. La cláusula puede redactarse de distintas maneras, pero las variaciones no entrañan diferencias sustanciales. Esa cláusula de reserva figura en muchos tratados.

[...] basta señalar que las uniones aduaneras constituyen una excepción tradicionalmente reconocida al principio del trato de la nación más favorecida [575].

La referencia a una excepción «tradicionalmente reconocida» en lo que respecta a las uniones aduaneras indica claramente —según se desprende del contexto— que es tradicional insertar esa excepción en las cláusulas relativas a cuestiones aduaneras. El Comité Económico tuvo manifiestamente la intención de alentar el mantenimiento de esta «tradición», puesto que bajo el epígrafe «Texto de la cláusula», recomendó un texto para las cláusulas relativas a cuestiones aduaneras en la que se incluía el siguiente pasaje:

Sin embargo, las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las ventajas que se conceden en la actualidad o que puedan concederse en lo futuro a otros países limítrofes para facilitar el comercio fronterizo, ni a las derivadas de toda unión aduanera ya concertada o que pueda concertarse en lo futuro por cualquiera de las partes [576].

La resolución de 1936 del Instituto de Derecho Internacional

43) La frecuencia con que se estipulaban excepciones relativas a las uniones aduaneras hizo que B. Nolde llegara a conclusiones exageradas. En su informe al Instituto de Derecho Internacional, cita el pasaje antes mencionado del texto de la cláusula modelo recomendado por el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones y seguidamente añade:

Los dos casos previstos en esta reserva —comercio fronterizo y uniones aduaneras—, son muy diferentes, pero es igualmente evidente que no podría considerarse en ningún caso que ni uno ni otro de los regímenes aduaneros especiales a que se refieren podría adquirirse en virtud de la cláusula de la nación más favorecida. Por otra parte, todas las convenciones comerciales un poco detalladas contienen siempre estas dos reservas, y puede considerarse que pertenecen al derecho común internacional.

...

Nunca se ha puesto en duda, en efecto, que las uniones aduaneras no suponen que deba otorgarse privilegio alguno en virtud de la cláusula. Gran número de tratados comerciales lo dicen expresamente, y los que no lo dicen deben interpretarse en ese sentido [577].

El texto pertinente de la resolución aprobada por el Instituto en su período de sesiones celebrado en Bruselas en 1936, acerca de los efectos de la cláusula de la nación más favorecida en materia de comercio y navegación es del tenor siguiente:

Párrafo 7

La cláusula de la nación más favorecida no da derecho: [...] ni al trato resultante de una unión aduanera concertada o por concertar [...] [578].

Parece que las conclusiones del Instituto en esa época no reflejan la práctica ni la posición oficial de varios Estados.

Opiniones oficiales acerca de una supuesta excepción implícita antes de la segunda guerra mundial

44) En el interesante asunto del régimen aduanero entre Austria y Alemania de que conoció el Consejo de la Sociedad de las Naciones de 1931 y que ocupó además a la Corte Permanente de Justicia Internacional, el

[573] Véase, por ejemplo, el artículo 5 del acuerdo entre Australia y la URSS o el artículo V del acuerdo entre Australia y Filipinas citados en los párrafos 28 y 29 *supra*.

[574] R. C. Snyder, *op. cit.*, pág. 160.

[575] Sociedad de las Naciones, documento E.805.1933.II.B.1, citado en *Anuario... 1969*, vol. II, pág 188, documento A/CN.4/213, anexo I.

[576] *Ibid.*, pág. 189.

[577] *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1934, vol. 38, Bruselas, págs. 452 a 454.

[578] Para el texto completo de la resolución, véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II.

Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América dictaminó que el establecimiento de una unión aduanera entre Austria y Alemania no constituiría una excepción a las disposiciones sobre el trato de la nación más favorecida previstas en el Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares, de 8 de diciembre de 1923, concertado con Alemania [579], y en el de fecha 19 de junio de 1923 [580], concertado con Austria. El Asesor Jurídico declaró:

Es manifiesto que este Gobierno no previo nunca al concertar tratados comerciales con Alemania y Austria, que una unión aduanera constituiría una excepción implícita a la clausula de la nación más favorecida, particularmente habida cuenta de que se señalaban expresamente algunas excepciones expresas a la clausula. Tampoco cabe suponer que el Gobierno de los Estados Unidos este obligado a reconocer una excepción de esta índole como principio de derecho internacional. El Gobierno de los Estados Unidos no ha reconocido nunca la tradición europea que se invoca y segun la cual las uniones aduaneras constituyen excepciones implícitas; de hecho, es dudoso que esta tradición haya sido reconocida fuera de un pequeño numero de Estados. La evolución del derecho internacional contemporáneo no se funda exclusivamente en los usos tradicionales de las naciones europeas [..] Al parecer, los partidarios de esta idea se limitan a citar tratados en los que se ha establecido una excepción expresa. Se desprendería de ello que la mención expresa de la excepción constituye la tradición y que este procedimiento establecido refleja la verdadera naturaleza jurídica de la excepción.

Por lo tanto, la conclusión lógica parecería ser que, dado que en los tratados [concertados por los Estados Unidos] con Alemania y Austria se establecieron ciertas excepciones a las disposiciones de la ción más favorecida y estas excepciones no incluyen las uniones aduaneras, tendríamos derecho a reclamar de Alemania todas las ventajas que este país pueda extender a Austria en materia de comercio e intercambio y a reclamar de Austria todas las ventajas en materia de comercio e intercambio que este país pueda conceder a Alemania.

El hecho de que las partes contratantes se hayan comprometido a establecer excepciones a la obligación de conceder el trato incondicional de la nación más favorecida en cuestiones aduaneras, y no hayan previsto ninguna excepción respecto de una posible unión aduanera, parecería excluir la posibilidad de considerar un arreglo de esta índole como una excepción a las disposiciones relativas al trato de la nación más favorecida a base del principio *inclusio unius exclusio alterius* [581].

45) La posición adoptada por Francia fue muy parecida a la de los Estados Unidos. Según el memorando de fecha 14 de mayo de 1931 presentado por Francia al Consejo de la Sociedad, y que cita un autor francés:

[ ] El hecho de que algunas Potencias no hayan incluido una excepción relativa a las uniones aduaneras en los tratados basados en el trato de la nación más favorecida que han concertado con Austria y Alemania, daría a esas Potencias «una base jurídica muy fuerte para reclamar, en las actuales circunstancias, el beneficio pleno del trato de la nación más favorecida».

No tendría objeto refutar esta tesis apoyándose en las «recomendaciones relativas a la política comercial» que el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones dirigió al Consejo en 1929, en las que se dice que «las uniones aduaneras constituyen una excepción tradicionalmente reconocida al principio del trato de la nación más favorecida». Sin embargo, el informe añade a continuación. « pero (el Comité) no se propone formular ninguna opinión sobre la cuestión más controvertida de la formación de esas uniones». Esto constituye un reconocimiento por parte del Comite Económico de que cada unión aduanera es un caso aparte, que desde su creación puede suscitar en terceros Estados objeciones, a veces fundamentales, de caracter político o economico. Podria citarse como ejemplo la intervención de Austria-Hungria en 1905 que, invocando el trato de la nacion mas favorecida, hizo fracasar un proyecto de unión aduanera entre Bulgaria y Servia [582].

El mismo autor, citando los pasajes precedentes, agrega·

De este memorando se deduce que Francia, en aquel momento, se reservaba el derecho de utilizar la clausula para justificar jurídicamente su posible oposicion politica o economica a una union aduanera. Ello equivale a decir que Francia no tenia la intención de obligarse juridicamente por ninguna costumbre contraria [583].

El Convenio de Ouchy de 1932

46) Se trata de otro ejemplo que aclara en cierta forma la práctica de los Estados en el período que medió entre los dos guerras. Según señala J. Viner:

[ ] En virtud de este Convenio, negociado en Ouchy, pero firmado en Ginebra el 18 de julio de 1932 por Belgica, Luxemburgo y los Paises Bajos, las Partes convinieron en que no se efectuarían aumentos en los derechos existentes ni se aplicarian nuevos derechos sobre las importaciones entre ellos, en que no se impondrian nuevos derechos sobre las importaciones procedentes de otros países con los que las Partes tuvieran relaciones en virtud de tratados a menos que estos Estados hubiesen aumentado previamente sus propias barreras comerciales, en que los derechos existentes sobre las importaciones entre ellos se reducirian en un 10% por año, hasta que la reducción total alcanzara al 50%, en que no se impondrían nuevas barreras que no fueran derechos de importación sobre las importaciones entre ellos y en que otros Estados podrían participar libremente en el Convenio y podrian hacerse extensivos sus beneficios a países no participantes si estos cumplieran en la practica con sus condiciones

De todos los ensayos serios efectuados hasta ese momento en materia de acuerdos sobre aranceles comunes, este es el que se acercaba más a una verdadera disminución de las barreras comerciales. Sin embargo, tanto Belgica como los Países Bajos tenían tratados comerciales que contenían la cláusula de la nación más favorecida con el Reino Unido y otros países y en el Convenio de Ouchy se disponia que el mismo no entraría en vigor hasta que estos países hubieran renunciado a sus derechos. Gran Bretaña se negó a renunciar a sus derechos, en la Conferencia de Ottawa celebrada el mismo año se aprobó una resolución por la que se declaraba que no podía permitirse que los acuerdos regionales prevalecieran sobre las obligaciones nacidas de la cláusula de la nación más favorecida, y los Estados Unidos no respondieron a la solicitud de renuncia. En consecuencia, el Convenio se extinguió sin haber entrado nunca en vigor [584].

El Convenio de La Haya de 1937

47) Según señala también J. Viner, el Convenio de La Haya

1] se firmó el 28 de mayo de 1937. Participaron en él los países signatarios del Convenio de Ouchy más Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia. El Convenio de La Haya establecía «limitaciones específicas» para las tarifas arancelarias, y disponía la eliminación de determinadas restricciones cuantitativas existentes sobre las importaciones de los países participantes, así como el compromiso de no introducir nuevas restricciones sobre mercaderías que no estuvieran ya sujetas a ellas Se declaró que todos los Estados no participantes

[579] Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LII, pág. 133.

[580] *Ibid*, vol. CXVIII, pág. 241.

[581] G. H Hackworth, *op. cit.*, págs. 295 y 296.

[582] E. Sauvignon, *op. cit*, pág 239 Para el texto del memorando francés, véase Sociedad de las Naciones, *Journal Officiel*, 12 º año, Nº 7 (julio de 1931), pág. 1167

[583] E. Sauvignon, *op. cit.*, pág 239

[584] J. Viner, *op cit.*, págs. 30 y 31.

podrían adherirse al Convenio de conformidad con los términos que habrían de negociarse entre ellos y los países ya partes. Cabe hacer notar que en el Convenio no se preveían reducciones, preferenciales o de otra índole, de los derechos ordinarios sobre las importaciones y, esto fue, al parecer, lo que sirvió de base a los países participantes para esperar que se superaría el obstáculo de la cláusula de la nación mas favorecida.

El Convenio de La Haya llegó a entrar en vigor, pero los Países Bajos se negaron a renovarlo al final de su primer año de aplicación, y las demas partes dejaron que expirara. La explicación que dieron los Países Bajos por el hecho de no haber renovado su participación en el Convenio fue que otros países, especialmente el Reino Unido, habían insistido en que se aplicara la clausula de la nación más favorecida tanto a las cuotas como a los aranceles, que la situación economica se había deteriorado desde la concertación del Convenio, por lo que se había hecho difícil el cumplimiento de las obligaciones previstas, y que no se había obtenido la adhesión esperada de otros países [585].

Actitud de la URSS

48) Bajo este título, en un estudio preparado por la Secretaría de la Sociedad de las Naciones, pero publicado —después de disuelta esa Secretaría— por las Naciones Unidas en 1947, se reseña en la forma siguiente la posición soviética en el período que se examina:

Si bien existen escasas pruebas concretas de la actitud de la Unión Soviética en relación con las excepciones regionales al principio de la nación más favorecida, a causa de que los pocos tratados que celebra tienen características particulares, no cabe duda de que la URSS se ha opuesto a la aceptación de tales excepciones. La Union Soviética ha insistido categóricamente en que la clausula de la nación más favorecida debe ser objeto de una interpretación tan amplia como sea posible y, al parecer, no existen casos en que la Unión Soviética haya aceptado una excepción de carácter regional.

[...] La URSS planteó objeciones a los acuerdos preferenciales negociados por Alemania con algunos países del Danubio en 1931. En las deliberaciones celebradas en 1931 en la Comisión Europea acerca de su propuesto Pacto de no agresión económica, se encuentran pruebas de la oposición de la Unión Soviética a cualquier tipo de discriminación. Se suscitó un debate acerca de la relación entre el principio de la no discriminación y las excepciones a la cláusula de la nación más favorecida establecidas en la práctica (trafico fronterizo, uniones aduaneras, cláusulas regionales, etc.). La Unión Sovietica opinó que la no discriminación tendía a impedir la creación de un regimen comercial y financiero en perjuicio de un país determinado o de un pequeño grupo de países cuando la política comercial y financiera del país que estableciera este regimen favoreciera claramente a otros países. Como dice el informe del Comité Especial establecido para examinar la propuesta soviética:

> «Con esta declaración, la delegación de la Unión Soviética consideró que había dado respuesta implícitamente a una serie de preguntas de algunos delegados respecto de la relación que existía entre el principio de la no discriminación y las excepciones a la cláusula de la nación más favorecida establecidas por la práctica, tales como las relativas al trafico fronterizo, las uniones aduaneras, las cláusulas regionales, etc.»

En lo que respecta a la cuestión de la forma en que el Pacto afectaría a los posibles acuerdos preferenciales, la delegación de la Unión Soviética estimó que estos acuerdos serían incompatibles con el Pacto si fueran concertados sin el consentimiento de las partes que, con arreglo a sus tratados comerciales, tuvieran derecho a reclamar la misma ventaja [586].

[585] *Ibid*, págs. 31 y 32.

[586] *Customs Unions A League of Nations Contribution to the Study of Customs Union Problems* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta. 1948 II.D.3), pág 58.

Conclusión en lo referente al período que precedió a la segunda guerra mundial

49) La documentación que acaba de examinarse lleva al Relator Especial a la misma conclusión a que ha llegado Vignes: «[.] de hecho, hasta la guerra de 1939-1945 no ha habido verdaderamente una práctica constante de los Estados para reconocer carácter *ipso jure* a la excepción [de la unión aduanera] [..]» [587]. A juicio del Relator Especial, esta evaluación de la situación prevaleciente durante el período de que se trata puede hacerse extensiva, evidentemente, a las zonas de libre comercio, a los regímenes interinos, y a otras agrupaciones de Estado respecto de los cuales tampoco lo mejor que puede decirse es que no se ha formado una práctica constante y uniforme dirigida a exceptuarlas —salvo disposición explícita al efecto— de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, Vignes dice seguidamente: «[...] la práctica más reciente parece mostrar que la unión aduanera se considera hoy día sin discusión como una excepción». El Relator Especial examinará esta parte de la exposición de D. Vignes en los párrafos que siguen.

Evolución reciente

50) La opinión de Vignes no es una opinión aislada. Otros varios autores sustentan opiniones iguales o similares. Se procurará examinar aquí los argumentos de esos autores. El objeto que se persigue es determinar si es posible establecer una costumbre generalmente reconocida, en el sentido de que el beneficiario de una cláusula de la nación más favorecida relativa al comercio en general y a las aduanas y otras cuestiones conexas en particular (aquí se trata siempre y solamente de este tipo de cláusula) no puede reclamar del Estado concedente las ventajas que este último otorga a sus asociados en una unión aduanera, una zona de libre comercio, un régimen transitorio o cualquier otra agrupación de Estados, abierta o cerrada, incluso si la cláusula, o el tratado que la contiene, guarda silencio sobre tal eventualidad. La cuestión puede formularse, en suma, del modo siguiente: ¿Hay una norma de derecho internacional que establezca una excepción implícita para las cláusulas del tipo mencionado en favor de unión aduanera? (Para los efectos de este trabajo, la expresión unión aduanera comprende también los demás tipos de agrupaciones.)

51) Hay obvias razones para presumir que no cabe tal excepción. Si los Estados se comprometen a concederse un trato recíproco de nación más favorecida, han de cumplir ese compromiso. Podrán limitar el alcance de ese compromiso, pero si no lo hacen, tendrán que sufrir las consecuencias. Dicho de otro modo:

Como principio general, no debería ser posible sobreentender excepciones a la cláusula de la nación más favorecida, ya sea en favor de una unión aduanera, de una región o de una unión económica. La razón, huelga decirlo, es que no deben negarse a una parte en un tratado las ventajas obtenidas en virtud de una negociación por el hecho de la acción unilateral de la otra parte. La circunstancia de que esa excepción no se haya estipulado expresamente, haría que la

[587] D. Vignes, *loc. cit.*, pág. 278.

negativa basada en la existencia de una excepcion implicita tuviese virtualmente el caracter de una accion unilateral [588]

52) Los argumentos que pueden alegarse, y se alegan, para refutar esta presunción pueden considerarse uno a uno Según una opinion

Conviene observar en primer lugar que hay muchos tratados (la mayoria de los tratados comerciales) que contienen una disposicion en virtud de la cual las uniones aduaneras quedan fuera del ambito de la clausula

escribe un autor, en defensa de la excepción implícita Pero añade

Comparadas con las posiciones adoptadas anteriormente por las grandes Potencias comerciales, estas reservas expresas pueden hacer pensar que la comunidad internacional descarta toda costumbre en la materia [589]

Si bien el autor aduce mas adelante otros argumentos en contra de esta última conclusión, para el Relator Especial esta conclusión es la más convincente Y se añade luego

En realidad hay dos argumentos que permiten considerar que la frecuencia de la exclusion de las uniones aduaneras corresponde a una practica reconocida como licita y llegar a la conclusion de que, por lo tanto, existe una costumbre El primer argumento es el de que los autores que presentan la practica diplomatica de los principales Estados y muestran la reserva de esos Estados en lo que respecta a las uniones aduaneras (McNair, Hackworth, Kiss), se basan generalmente en documentos antiguos, claramente anteriores a la segunda guerra mundial [590]

Este argumento no puede tomarse muy en serio Lo que nos ocupa es la práctica de los Estados y su *communis opinio* En cuanto a la práctica moderna, no siempre son los Estados pequeños los que constituyen uniones aduaneras y las grandes Potencias las que insisten en sus derechos de nación más favorecida, sino que a menudo ocurre lo contrario En Europa, por ejemplo, algunos Estados pequeños se quejan de que los derechos que les asisten en virtud de la cláusula de la nación más favorecida son vulnerados por las agrupaciones de Estados más poderosos

53) El siguiente argumento se basa en el artículo XXIV del GATT Segun Sauvignon

Ahora bien, y es este el segundo argumento, el año 1947 presencio la creacion del GATT El articulo XXIV del Acuerdo General exime a las uniones aduaneras de la aplicacion de la clausula Ochenta Estados han confirmado, por lo tanto, la excepcion que la mayor parte de ellos reconocia ya en sus acuerdos bilaterales Parece dificil no ver en este consenso un reconocimiento por la comunidad internacional de la necesidad y el caracter obligatorio de la excepcion [591]

Vignes se manifiesta en el mismo sentido

[ ] hay que reconocer el apoyo que esta tesis (o sea, la excepcion implicita relativa a las uniones aduaneras) ha recibido con la firma del Acuerdo General y, por lo tanto, con su reconocimiento por los 95 Estados que participan *de jure* o *de facto* en dicho Acuerdo [592]

Resulta difícil aceptar este tipo de razonamiento El Acuerdo General, por importante que sea, es uno más entre otros muchos acuerdos Las partes en dicho Acuerdo se han concedido recíprocamente algunos derechos de la nación mas favorecida y han estipulado ciertas excepciones como la del artículo XXIV, que es una disposición un tanto complicada ¿Puede deducirse de este hecho que las partes en el Acuerdo, al celebrar con terceros tratados que contengan la clausula de la nación más favorecida, deben considerarse obligados por lo dispuesto en el artículo XXIV en relacion con las partes en el tratado y viceversa? ¿Y qué ocurre con los tratados concertados por un Estado después de haberse retirado del Acuerdo de conformidad con el articulo XXXI del GATT? ¿Y qué cabe decir de los tratados entre dos o más entidades que no sean partes en el GATT? ¿En qué les obligarán los términos de un tratado que sea para ellos *res inter alios acta*? ¿O acaso posee el GATT tal «efecto de radiación» que impondría a terceros la norma del articulo XXIV, como si ésta formase parte del *corpus* general de derecho internacional al ser aceptada por una *communis opinio juris* [593]?

54) Según otro argumento, una union aduanera es una entidad nueva y quiza un nuevo sujeto de derecho internacional [594] Si la asociacion de Estados para constituir estas uniones pudiera asimilarse a una union de Estados —sigue el argumento— una entidad exterior no podría reclamar derechos de nacion mas favorecida basados en las ventajas concedidas por un miembro de la union a otro, despues del establecimiento de la union Ahora bien, como los Estados que participan en esas uniones suelen seguir siendo Estados independientes y soberanos, esta opinion es dificil de aceptar La Comision de Derecho Internacional, al preparar el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, dejo bien claro que las asociaciones de Estados que revisten el carácter de organizaciones internacionales, como por ejemplo las Naciones Unidas, etc , no pueden considerarse como una unión de Estados, y que lo propio cabe decir de las uniones híbridas que parecen presentar algunas analogias con una union de Estados, pero no dan lugar a un nuevo Estado [595]

La Comision citó el ejemplo de la Comunidad Economica Europea que —por lo menos desde el punto de vista de la sucesión en materia de tratados—, pertenece, a juicio de la Comisión, a la categoría de organizacion intergubernamental Segun se dice en el informe de la Comisión

Asi, por ejemplo, el articulo 234 del Tratado de Roma [463] [596] regula inequivocamente la cuestion de los tratados celebrados por los Estados miembros de la Comunidad antes de constituirse esta desde el punto de vista de las normas que rigen la aplicacion de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (articulo 30 de la Convencion de Viena) En otras palabras, el Tratado de Roma regula los tratados concertados con anterioridad al establecimiento de la Comunidad en el contexto de la compatibilidad de las obligaciones convencionales, y no de la sucesion de Estados Lo mismo cabe decir de los instrumentos por lo que se constituyeron las otras dos Comu-

[588] P Hay, «European Common Market and the most-favoured-nation clause», *University of Pittsburgh Law Review*, vol 23, 1962, pág 679

[589] Sauvignon, *op cit* , pag 241

[590] *Ibid*

[591] *Ibid* , pags 241 y 242

[592] D Vignes, *loc cit* , pag 278

[593] Vease *infra* parr 58 del comentario al presente articulo

[594] P Hay, *loc cit* , pag 680

[595] Vease *Anuario 1974*, vol II (primera parte) pags 256 y 257, documento A/9610/Rev 1, cap II, secc D, arts 30 a 32, parrs 3 y 4 del comentario

[596] El texto del articulo 234 del Tratado de Roma figura en el parrafo 56 *infra*

[463] Tratado por el que se establece la Comunidad Economica Europea Vease Naciones Unidas, *Recueil des Traites* vol 294, pag 17 (texto en francés)

nidades Europeas [464]. Además, el artículo 4 del Tratado de adhesión de 22 de enero de 1972 [465], que establece las condiciones bajo las que otros cuatro Estados pueden ingresar en la CEE y la Euratom, hace referencia a los tratados, celebrados por los Estados candidatos con anterioridad a su adhesión sobre la base de la compatibilidad de las obligaciones convencionales, exigiendoles que ajusten sus obligaciones convencionales existentes a las obligaciones originadas por su adhesión a las Comunidades. Análogamente, el Tratado de adhesión estipula expresamente que los nuevos Estados miembros quedarán obligados por las diversas categorías de tratados concertados con anterioridad a su adhesión por las Comunidades o por sus miembros primitivos, y tampoco se funda en la aplicación de ningun principio de sucesión.

Se han creado otras muchas uniones económicas de diversas formas y dotadas de mecanismos «comunitarios» de distintos grados; por ejemplo, la AELI, la ALALC y otras zonas de libre comercio, y el Benelux En general, los instrumentos constitutivos de esas uniones económicas muestran sin lugar a dudas que tienen el caracter fundamental de organizaciones intergubernamentales En el caso de la Union Economica Belgo-Luxemburguesa, aunque Belgica puede estar facultada expresamente para celebrar tratados en nombre de la Unión, la relación entre ambos países dentro de la Unión parece mantenerse definitivamente en el plano internacional En la practica, todas esas uniones económicas, incluida la Unión Aduanera entre Liechtenstein y Suiza, tan estrechamente integrada, se han considerado como uniones internacionales, y no en el sentido de que entrañan la creación de un nuevo Estado.

[464] Tratado por el que se establece la Comunidad Europea del Carbon y del Acero, parr 17 de la Convencion relativa a las disposiciones transitorias (Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol 261, pags 297 y 299), y Tratado por el que se establece la Comunidad Europea de Energia Atomica (Euratom), articulos 105 y 106 (*ibid* , vol 298, pag 205)

[465] Tratado relativo a la adhesion a la Comunidad Economica Europea y a la Comunidad Europea de Energia Atomica del Reino de Dinamarca, de Irlanda, del Reino de Noruega y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte Acta relativa a las condiciones de adhesion y a las adaptaciones de los tratados, articulo 4 (véase *Journal officiel des Communautes europeennes-Legislation*, edicion especial, Luxemburgo, 27 de marzo de 1972, 15 ° año, N ° L 73, pags 14 y 15) [597]

Esta secuencia lógica lleva a la conclusión de que una asociación económica o «integración» de Estados que, aun siendo cerrada, no constituya una unión de Estados, no pone fin por sí sola a los acuerdos previamente existentes de participantes en general, ni a las obligaciones que les incumben en virtud de la cláusula de la nación más favorecida en particular. Un argumento que admita la subsistencia de los tratados, pero que alegue que la formación de una nueva entidad exceptúa a determinados sectores de la aplicación de esos tratados, carece igualmente de toda justificación [598].

55) El modo en que ciertas asociaciones económicas de Estados enfocan el problema puede deducirse de las disposiciones incluidas en sus tratados constitutivos u otros instrumentos conexos. El Tratado por el que se crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero [599] no contiene ninguna estipulación relativa a la aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida. Sin embargo, la Convención que contiene las disposiciones transitorias, firmada en París el 18 de abril de 1951, estipula lo siguiente

EXCEPCIÓN A LA CLÁUSULA DE LA NACION MÁS FAVORECIDA

Sección 20

Con respecto a los países que se beneficien de la cláusula de la nacion más favorecida mediante la aplicación del artículo 1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, los Estados miembros tomarán medidas conjuntas respecto de las Partes Contratantes en el Acuerdo mencionado a fin de exceptuar las disposiciones del presente Tratado de la aplicación del artículo de que se trata. En caso necesario, se solicitará una reunión especial de las Partes Contratantes en el GATT con este propósito.

En lo que concierne a los países que sin ser partes en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio se benefician no obstante de la cláusula de la nación mas favorecida en virtud de acuerdos bilaterales en vigor, se celebraran negociaciones a la firma del Tratado. A falta de consentimiento de la parte de los países interesados, esos compromisos seran modificados o denunciados de conformidad con sus terminos.

Si un país rehusa su consentimiento a los Estados miembros o a cualquiera de ellos, los demas Estados miembros convienen en prestar su asistencia eficaz, que puede incluso extenderse a la denuncia por parte de todos los Estados miembros de los acuerdos celebrados con el país de que se trata [600].

Si bien la disposición del tercer párrafo se presta a una crítica justificada desde el punto de vista económico o político por ser demasiado «radical» o «coercitiva» [601] desde el punto de vista estrictamente jurídico demuestra claramente que el compromiso contraído por el Estado otorgante en virtud de una cláusula de la nación más favorecida no puede terminar o ser modificado sino por los medios que ofrece el derecho de los tratados.

56) El Tratado por el que se crea la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, contiene la disposición siguiente:

Artículo 234

Los derechos y obligaciones que dimanan de convenciones celebradas antes de la entrada en vigor de este Tratado, entre uno o más Estados Miembros, por una parte, y uno o más terceros países, por la otra, no serán afectados por las disposiciones de este Tratado.

En la medida en que tales convenciones no sean compatibles con este Tratado, el Estado Miembro o los Estados Miembros interesados adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar cualquier incompatibilidad que existiere. En caso necesario, los Estados Miembros se ayudarán recíprocamente para lograr este propósito y, cuando fuere apropiado, adoptaran una posición común.

Al aplicar las convenciones mencionadas en el párrafo primero, los Estados Miembros tendrán debidamente en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en virtud de este Tratado por cada uno de los Estados Miembros forma parte integrante de la creación de la Comunidad y, en consecuencia, estan indisolublemente ligadas a la creación de instituciones comunes, al otorgamiento de competencias a dichas instituciones y a la concesión de las mismas ventajas por todos los demás Miembros [602].

Los párrafos 1 y 2 expresan las mismas ideas que las de la sección 20 de la Convención que contiene las disposiciones transitorias del Tratado por el que se instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, citada en el párrafo precedente. Vignes califica a la norma del párrafo 3 de «disposición explicativa o incitante» [603]. Este «elemento incitante» ha sido tomado más en serio en el Manual soviético de derecho internacional, según el cual:

la formulación un tanto oscura del artículo 234 no puede ocultar su significado que consiste en obligar a cada parte en el Tratado a que

[597] *Anuario 1974*, vol. II (primera parte), págs. 256 y 257, documento A/9610/Rev.1, cap. II, secc D, arts. 30 a 32, párrs. 4 y 5 del comentario

[598] P. Hay, *loc. cit* , pág. 681.

[599] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 261, pág. 141.

[600] *Ibid.*, págs. 298 y 300.

[601] Kiss, *op. cit.*, pág. 485.

[602] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 298, págs. 130 y 131.

[603] D. Vignes, *loc. cit.*, pág. 293.

niegue a terceros países la concesión de conformidad con acuerdos previamente concertados, de los mismos privilegios de que disfrutan los miembros del grupo [604].

Un autor francés, Thiébaud Flory, adopta un criterio distinto:

¿Cómo pueden los Estados miembros de la CEE conciliar los compromisos que para ellos dimanan de la firma del Tratado de Roma con las obligaciones que han contraído anteriormente al suscribir acuerdos multilaterales como el GATT? Según los términos del artículo 234 del Tratado de Roma, lo que debe prevalecer es el principio de la fidelidad a los compromisos contraídos anteriormente. Al someter el Tratado de Roma al examen del GATT y al mostrarse conciliatorios con respecto a las partes contratantes, los seis han respetado ese principio [605].

Estas dos últimas opiniones citadas, aunque contradictorias a primera vista, no son inconciliables. La primera ve en la disposición su elemento «incitante»; la segunda pone de relieve que en el artículo 234, considerado en su conjunto, las partes contratantes reconocen implícitamente la validez de sus compromisos anteriores.

57) Otro argumento se refiere al cambio de circunstancias creado por la constitución de una unión aduanera o de otro tipo de asociación de Estados. En este caso tampoco parece posible afirmar que, a falta de una unión política entre los participantes, el cambio de circunstancias de una de las partes deba justificar implícitamente una modificación. Esto se deriva de la norma general de que, para que se reconozcan los efectos de un cambio de circunstancias se requiere algo más que un cambio de circunstancias ocasionado voluntaria y unilateralmente por una de las partes en el tratado [606]. Según expresó un autor:

[...] aun suponiendo que la creación de un sistema de preferencias multilateral constituya un cambio fundamental en las circunstancias, y que tal cambio no haya sido previsto por las partes en el tratado en que se estipula el trato de la nación más favorecida, la «cláusula» no podrá aplicarse: no puede ser invocada por un Estado cuando éste ha provocado tal cambio en las circunstancias (véase J. Leca, *Les techniques de révision des conventions multilatérales*, en particular pág. 312).

El Estado otorgante podía perfectamente no adherirse al acuerdo multilateral en el que se instituía el sistema de preferencias [607].

58) La Corte Internacional de Justicia ha vuelto a considerar hace poco las condiciones que deben concurrir para que se cree una norma consuetudinaria de derecho internacional. En su fallo correspondiente al caso de la plataforma continental del Mar del Norte, la Corte afirmó que las normas cuyo origen es solamente convencional o contractual, pueden incorporarse al conjunto del derecho internacional y ser aceptadas como tales por la *opinio juris*, de manera que en lo sucesivo sean obligatorias incluso para países que no son ni han sido partes en el convenio de que se trate. Según la Corte, este proceso es perfectamente posible y ocurre de vez en cuando. Pero no hay que juzgar a la ligera que se ha alcanzado este resultado [608]. Según la Corte, para que se constituya una nueva norma de derecho internacional consuetudinario partiendo de lo que antes era norma puramente convencional «es indispensable que [...] la práctica de los Estados, incluidos aquellos cuyos intereses resulten especialmente afectados, haya sido frecuente y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada y se haya producido de manera que muestre un reconocimiento general de que está en juego una norma de derecho o una obligación jurídica» [609]. En cuanto a las condiciones que ha de reunir la práctica de los Estados, la Corte opina que ésta debe ser «constante» y además los actos deben realizarse de manera que «prueben la convicción de que esta práctica se hace obligatoria por la existencia de una norma de derecho que la requiere. La necesidad de esa convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de la *opinio juris sive necessitatis*. Es menester, pues, que los Estados interesados piensen que se atienen a algo que equivale a una obligación jurídica. La frecuencia, o el carácter habitual de los actos, no bastan por sí solos» [610].

59) A juicio del Relator Especial, la norma consuetudinaria aducida, según la cual existe una excepción implícita en favor de unión aduanera (y aún más cuando se trata de excepciones en favor de los otros tipos de agrupaciones), no reúne ni con mucho las condiciones antes enumeradas. Para seguir dentro del marco de los problemas relacionados con la CEE, que se basa en una unión aduanera (artículo 9 del Tratado de Roma), parece claro que los fundadores de la Comunidad no sólo no recurrieron a una regla de excepción en favor de las uniones aduaneras sino que, por el contrario, abordaron inequívocamente «la cuestión de los tratados celebrados por los Estados miembros de la Comunidad antes de constituirse ésta desde el punto de vista de las normas que rigen la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena)» [611]. En estas condiciones es difícil atribuir suficiente peso al documento oficial del entonces Gobierno de la República Federal de Alemania, que en su informe al Parlamento, presentado en 1957, interpretó el artículo 234 del Tratado de Roma, invocando la excepción de unión aduanera, en el sentido de que los seis Estados Miembros habían convenido en que los beneficios dimanantes de la CEE estaban exceptuados de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida [612]. Tampoco el hecho de que las controversias, protestas y medidas diplomáticas hayan dado lugar en varios casos a transacciones más o menos satisfactorias, casi siempre en perjuicio, pero a veces en favor, de las entidades externas, puede considerarse como base suficiente para establecer una práctica general y una *communis opinio* de los Estados [613].

[604] Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *Kurs ... (op. cit.)*, pág. 269.

[605] T. Flory, *op. cit.*, pág. 124.

[606] P. Hay, *loc. cit.*, págs. 681 y 682.

[607] Sauvignon, *op. cit.*, pág. 254, nota 2.

[608] C.I.J. *Recueil 1969*, pág. 42.

[609] *Ibid.*, pág. 44.

[610] *Ibid.*, pág. 45.

[611] Véase párr. 54 *supra*.

[612] Véase *Verhandlung des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953: Anlagen zu den stenographischen Berichten*, vol. 51, Bonn, 1957, Drucksache (fascículo) 3440, pág. 157. Véase también las observaciones de E. T. Usenko, Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.* pág. 268.

[613] E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 246.

60) Ningún defensor de la excepción implícita en favor de las uniones aduaneras ha ofrecido jamás una solución satisfactoria al difícil problema planteado por los tratados que estipulan expresamente una o más excepciones a la cláusula, sin mencionar las uniones aduaneras u otras entidades similares [614]. La excepción implícita en favor de la unión aduanera difícilmente podrá superar la formidable dificultad que ofrece el principio de la *inclusio unius, exclusio alterius*.

61) Por último, deben mencionarse las opiniones de autores modernos, que recientemente han adoptado una actitud negativa con respecto a la norma de la excepción implícita en favor de las uniones aduaneras. Además de los ya mencionados, cabe citar a E. T. Usenko, que en un manual clásico en la Unión Soviética dice:

> [...] es imposible aceptar el punto de vista de que exista en derecho internacional una norma por la que las ventajas concedidas en virtud de una unión aduanera queden excluidas de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Si existiese tal excepción en derecho internacional, los Estados no necesitarían, cuando quieran insertarla, hacer escrupulosamente una reserva en los acuerdos comerciales estipulando que el campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida no se extiende a las ventajas resultantes de una unión aduanera.
>
> ...
>
> Puesto que en derecho internacional no hay norma alguna de carácter no convencional que establezca excepciones a la cláusula de la nación más favorecida (véanse más adelante las excepciones en favor de los países en desarrollo), las únicas excepciones legítimas son las que se establecen con el consentimiento del país a que se apliquen [615].

Esta misma opinión la sustenta el autor polaco T. Szurski [616].

62) M. Giuliano, en sus conferencias de La Haya, llegó a la siguiente conclusión, tras un análisis a fondo de la práctica de los Estados en la materia:

> A la luz de los datos de la práctica internacional que acabamos de examinar, resulta evidente que la tesis doctrinal de que se ha hablado [a saber, la excepción implícita en favor de una unión aduanera] no está fundada en derecho internacional. De no existir una disposición expresa en sentido contrario en el tratado, el trato de la nación más favorecida debe extenderse también a las ventajas que se derivan de un régimen de unión aduanera establecido por una u otra parte contratante con terceros Estados.
>
> ...
>
> No obstante, el problema de la oportunidad, o, si se quiere, del carácter razonable de las limitaciones precedentemente consideradas al funcionamiento de la cláusula, es totalmente diferente. Desde este punto de vista, no puede en verdad caber la menor duda, puesto que el problema de la igualdad de trato de las naciones en materia comercial —como tuvimos ya oportunidad de señalarlo— nunca se plantea en abstracto y como principio de validez absoluta. Precisamente por eso los gobiernos siempre se han preocupado por insertar esas excepciones en los tratados comerciales[617].

63) El Relator Especial se ha preguntado también si la Comisión debería considerar que esta situación requiere un desarrollo progresivo del derecho internacional en el sentido de que las ventajas derivadas de las uniones aduaneras, etc., se conviertan en una auténtica excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. La posición del Relator Especial a este respecto es más bien negativa, por la siguiente razón: para expresar esta necesidad habría que hacer un juicio de valor sobre la conveniencia de establecer uniones aduaneras, etc. Determinar si la formación de estas agrupaciones es conveniente o no supone salir de la esfera del derecho para entrar en la de la economía, en la que la Comisión tal vez no desee internarse. Sin embargo, ni siquiera los economistas saben con seguridad qué arreglos regionales de este tipo son útiles y qué características distinguen los arreglos útiles de los que no lo son [618]. Son muchos los autores que han tratado extensamente estos arduos problemas económicos [619].

64) Si, por una razón u otra, la Comisión quisiera no obstante enunciar una norma en la que se establezca una excepción general en favor de las uniones aduaneras y otras asociaciones análogas, se tropezaría con enormes dificultades. ¿Cómo se definiría en tal norma una unión aduanera, una zona de libre comercio y otras agrupaciones análogas? ¿Debería recoger los términos del GATT, que, como se ha visto, no conducen a la solución jurídica de las dificultades planteadas en relación con estas uniones? ¿Cómo reaccionarían ante esta propuesta los Estados que no son miembros del GATT? En el mundo existen todavía unos 60 Estados que no pertenecen al GATT, lo que representa una parte considerable de su población. ¿O debería simplemente referirse esta norma a las uniones aduaneras, a las zonas de libre comercio, etc., sin elaborar más el significado de estas nociones, como se hace con frecuencia en tratados bilaterales? En este caso, se llegaría a un resultado en el que —como dice la Corte— debido a «las controversias considerables todavía no resueltas respecto del significado y el ámbito exacto de esta noción, se producirán nuevas dudas sobre el posible carácter normativo de la regla» [620].

---

[614] Véase párr. 28 *supra*.

[615] Instituto Estatal de Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág. 268.

[616] Zasada Najwiekszego uprzyvilejewania w Uhadzie Ogolnym w Sprawie Taryf Celnych i Handly (GATT), Varsovia, 1970, cap. IV.

[617] M. Giuliano, «Quelques aspects juridiques de la coopération intergouvernementale en matière d'échanges et de paiements internationaux», *Recueil des Cours ... 1968, II*, vol. 124, Leiden, Sijthoff, 1969, págs. 601 y 602.

[618] Jackson, *op. cit.*, pág. 621.

[619] Los autores clásicos de esta abundante literatura son: J. Viner, *The Customs Union Issue (op.cit.,)*; J. Meade, *The Theory of International Economic Policy*, vol. I, *The Balance of Payments*, y vol. II, *Trade and Welfare*, 1955, y *The Theory of Customs Unions*, 1956; R. G. Lipsey y K. Lancaster, «The General Theory of Second Best», *Review of Economic Studies, 1956-1957*, N.º 63, págs. 11 a 32; R. G. Lipsey, «The Theory of Customs Unions: A General Survey», *The Economic Journal*, septiembre 1960; J. M. Fleming, «On Making the Best of Balance of Payments Restrictions on Imports», *The Economic Journal*, Londres, marzo de 1951, págs. 48 a 71; T. Scitovsky, *Economic Theory and Western European Integration*, 1958, y B. Ballassa, *The Theory of Economic Integration*, 1961. H. G. Johnson, *Money, Trade and Economic Growth: Survey lectures in economic theory*, Londres, Allen and Unwin, 1962, págs. 46 a 74, presenta una breve síntesis y una divulgación excelentes de esta literatura. Véase también C. A. Cooper y B. F. Massell, «Toward a General Theory of Customs Unions for Developing Countries», *The Journal of Political Economy*, octubre 1965, págs. 461 a 476; y G. Patterson «The most-favoured-nation clause and economic integration, *Annuaire européen, 1965*, La Haya, vol. XIII, 1967, págs. 148 y 149.

[620] «Affaires du Plateau continental de la mer du Nord», *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 43.

65) En estas circunstancias, el Relator Especial llegó a la conclusión de que considerando que no se puede afirmar que exista una norma consuetudinaria de derecho internacional por la que se establezca una excepción implícita en favor de las uniones aduaneras, etc.; considerando, además, que constituye una práctica general de los Estados insertar en sus tratados cualquier excepción que se desee hacer con respecto a la promesa de conceder el trato de la nación más favorecida; y, considerando que no se ha probado de manera concluyente la conveniencia de sustituir los acuerdos particulares de las partes por una norma general, lo mejor es dejar las cosas como están.

El Relator Especial ha señalado que no debía exagerarse la importancia de esta cuestión. En las relaciones entre los Estados partes en el GATT, el artículo XXIV resuelve más o menos la cuestión. En las relaciones entre los Estados que son partes en el GATT y los Estados que no lo son, y en las relaciones entre sí de estos últimos, son muy frecuentes las estipulaciones en las que se hacen excepciones a una cláusula de la nación más favorecida. Cuando estas excepciones incluyen una referencia a una unión aduanera o a una zona de libre comercio, etc., el problema se resuelve más o menos según el grado de precisión de la estipulación. Cuando se prevén excepciones con respecto a otras cuestiones, pero no acerca de las uniones aduaneras, como, por ejemplo, en el tratado entre la URSS y Australia de 1965 antes citado [621], el Relator Especial estima que no puede soslayarse el principio *inclusio unius, exclusio alterius*. Quedan los casos, probablemente pocos, en los que la cláusula no va acompañada de ninguna excepción. Por lo tanto, podría decirse que el problema —si es que existe alguno— es marginal, aun cuando en casos concretos se vea agravado por la acritud de la controversia entre la parte que no fue lo bastante circunspecta cuando se redactó el tratado y la parte que estima que se han lesionado los derechos e intereses que le asisten en virtud de la cláusula.

El Relator Especial, basándose en lo antedicho, no ha propuesto norma alguna por la que se exceptúen del campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida las ventajas otorgadas dentro del marco de una unión aduanera u otra asociación análoga de Estados. Ha considerado la situación desde el punto de vista de las obligaciones convencionales incompatibles, que deben regirse por las disposiciones generales del derecho de los tratados (cfr. párrafo 5 del artículo 30 de la Convención de Viena). Ha reservado no obstante su posición, que revisará con ocasión de un próximo estudio sobre el funcionamiento de la cláusula de la nación más favorecida en relación con los países en desarrollo. A este respecto, se propone tomar debidamente en cuenta las opiniones de la UNCTAD sobre la función de la cláusula de la nación más favorecida en el comercio entre los países desarrollados [622].

66) Si bien la cuestión no se ha examinado a fondo en la Comisión, algunos miembros manifestaron su conformidad con el criterio seguido por el Relator Especial y con las conclusiones a que había llegado, tal como se reflejan en el comentario al presente artículo [623].

67) Otros miembros, que no estaban de acuerdo con tales conclusiones, reservaron su posición. Se dijo que la unificación de Estados podía hacerse de dos modos: de una vez, como operación que llevaba consigo la formación de un nuevo Estado, con lo que terminaba automáticamente la aplicación de la cláusula, o bien progresivamente, lo que suponía cierto número de medidas intermedias que de momento no podían definirse claramente. El problema se planteaba en el segundo caso. Cierto era que una unión regional comprometía gravemente la cláusula de la nación más favorecida o un régimen de no discriminación. Por ejemplo, cuando los países europeos fundadores de las Comisiones Europeas trataron de crear la Comunidad Europea del Carbón y del Acero habían tropezado con el obstáculo de los compromisos contraídos en virtud del GATT, pero como el derecho del GATT era bastante flexible, habían logrado que sus acuerdos económicos fueran admitidos. En cambio, al concertarse el Tratado de Roma, había prevalecido en el GATT la opinión de que esa unión aduanera modificaba tan profundamente las condiciones generales del funcionamiento del GATT que era imposible aceptarla; el Reino Unido así como los países miembros del Commonwealth habían formulado objeciones que nunca habían sido retiradas formalmente. La situación había sido aún más crítica en el caso de la OECE: cuando el Reino Unido pidió que se le permitiera gozar de la exención de restricciones cuantitativas que los «Seis» habían decidido entre ellos, éstos se negaron y la tensión en el seno de la OECE fue tal que ésta acabó por desaparecer. Se trataba, se dijo, de un problema muy difícil, pero no podía negarse a los Estados el derecho a formar un centro de vida intensa regional. La Comisión no debía adoptar una posición demasiado rígida sobre una cuestión tan política.

68) Se sostuvo también la opinión de que, en el caso de la cláusula de la nación más favorecida, el acuerdo se redactaba siempre en un determinado clima de expectativa y dentro de límites definidos, de manera que, cuando se producía una transformación tan profunda que rebasaba el marco de las materias convenidas, se entendía en general que los acuerdos relativos al trato de la nación más favorecida no constituían una limitación a la normal libertad de que gozaban los Estados para evolucionar de diversos modos. En tales condiciones, se dijo, parecía que tanto la práctica como el buen sentido aconsejaban que, cuando un Estado pasaba a formar parte de una unión económica, las obligaciones más limitadas que las que por ese hecho había contraído fueran objeto de negociación y de enmienda.

69) Se sostuvo también la opinión de que, aunque se estuviera de acuerdo con las conclusiones del Relator Especial, en cualquier forma en que se aprobasen los artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida se añadiría a dichos artículos una cláusula de irretroactividad análoga a la disposición pertinente de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Los Estados

[621] Véase párr. 28 *supra*.

[622] Véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 255, documento A/CN.4/228 y Add.1, anexo I.

[623] Véanse párrs. 25 a 65 *supra*.

tendrían así la oportunidad de incluir en sus cláusulas de la nación más favorecida las excepciones que quisieran y podrían evitar en lo sucesivo los conflictos entre obligaciones nacidas de tratados.

70) Uno de los miembros de la Comisión propuso que se aprobase un proyecto de artículo (A/CN.4/L.229) redactado en los siguientes términos:

Ninguna de las disposiciones de los presentes artículos se entenderá en perjuicio:

1) de los regímenes especiales que sean aplicables en las relaciones entre países en desarrollo y en las relaciones entre países en desarrollo y países desarrollados; ni

2) de la interpretación que deba darse a una cláusula de la nación más favorecida en el caso de regímenes regionales limitados a determinados países que forman una unión económica o política particular.

El párrafo 2 del artículo propuesto tenía por objeto servir de salvaguardia para los casos de que se trataba.

71) De todos modos, la Comisión, como se ha dicho ya, todavía no ha adoptado una posición definitiva sobre estas cuestiones, en parte porque quiere tomar en cuenta las reacciones de los representantes de los Estados. La Comisión estudiará el problema en su próximo período de sesiones.

Artículo 16.—Derecho al trato nacional en virtud de una cláusula de la nación más favorecida

[Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa al respecto,] el Estado beneficiario tiene derecho al trato concedido por el Estado concedente a un tercer Estado, se haya concedido o no ese trato como trato nacional.

Comentario

1) Esta norma parece, a primera vista, evidente. Cuando dos Estados prometen mutuamente otorgarse trato nacional (paridad interna) y posteriormente prometen a otros Estados el trato de la nación más favorecida, estos últimos pueden legítimamente aducir que también tienen derecho a ser tratados sobre una «base nacional», pues de lo contrario no serían tratados tan favorablemente como la nación más favorecida (en el supuesto de que haya una diferencia sustancial de trato como resultado de las diferentes promesas hechas) [624].

2) Esta es también la práctica británica en lo relativo a la relación entre el trato nacional y el trato otorgado en virtud de la cláusula de la nación más favorecida. Según G. Schwarzenberger:

la norma de la nación más favorecida desempeña la función de generalizar los privilegios concedidos conforme a la norma nacional a cualquier tercer Estado entre los beneficiarios del trato de la nación más favorecida en la misma esfera [625].

3) Un autor de la República Democrática Alemana sostiene la misma opinión:

Puesto que el trato nacional generalmente comprende un número máximo de derechos y los derechos otorgados están claramente definidos, los Estados procuran a menudo que sus nacionales estén en condiciones de igualdad con respecto a los de otros países. Si se otorga así el trato nacional a la nación más favorecida, todos los demás Estados con derecho a ello pueden reclamarlo para sus nacionales invocando esa cláusula [626].

4) Este efecto de la cláusula de la nación más favorecida ha sido expresamente reconocido por Francia. El Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, en una carta de 22 de julio de 1929 [627], publicó una lista de países que gozaban de trato nacional en Francia. El Ministro agregaba:

Se concertó un mayor número de convenciones sobre la base del trato reservado a los nacionales de la nación más favorecida. Los extranjeros que puedan invocar una convención de esa naturaleza tienen derecho a ser tratados en Francia igual que los nacionales de los países enumerados precedentemente [628].

La posición oficial de Francia a este respecto no ha cambiado desde entonces.

5) Esta posición también se manifiesta en la práctica de los tribunales franceses. Según ha expresado un autor:

La jurisprudencia [francesa] ha adoptado en general la tesis de que el trato nacional debe aplicarse a los que lo invocan en virtud de una cláusula de la nación más favorecida [629].

Así —entre otros muchos ejemplos— un tribunal francés, el Tribunal Correccional del Sena, declaró lo siguiente:

Considerando que Sciama, por ser de nacionalidad italiana, puede invocar legítimamente el beneficio del artículo 2 del convenio de establecimiento de 23 de agosto de 1951 entre Francia e Italia, que dispone: «Los nacionales de cada una de las Altas Partes Contratantes disfrutarán en el territorio de la otra parte del trato de la nación más favorecida por lo que respecta [...] al ejercicio del comercio [...]»; considerando que, en consecuencia, tiene derecho a invocar las disposiciones del artículo 1 del convenio concluido el 7 de enero de 1862 entre Francia y España, que dice: «Los súbditos de ambos países podrán viajar y residir en los territorios respectivos igual que los nacionales [...] ejercer el comercio tanto al por mayor como al por menor [...]» [630].

6) El Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo también oportunidad de analizar los efectos de una cláusula de la nación más favorecida combinada con una cláusula de trato nacional de otro tratado. La cláusula de la nación más favorecida era en este caso la que figuraba en un tratado de 1881 entre los Estados Unidos y Servia. Los pasajes pertinentes de esa cláusula decían lo siguiente:

En todo lo que se refiere al derecho de adquirir, poseer o transmitir cualquier clase de bienes, muebles o inmuebles, los ciudadanos de los Estados Unidos en Servia y los súbditos de Servia en los Estados Unidos disfrutarán de los derechos que las leyes respectivas concedan ahora o en el futuro en cada uno de estos Estados a los súbditos de la nación más favorecida.

---

[624] R. C. Snyder, *op. cit.*, págs. 11 y 12.

[625] «The Most-Favoured-Nation Standard in British Practice», *The British Year Book of International Law*, 1945, Londres, vol. 27, pág. 119.

[626] K. Becher, «Das Prinzip der Meistbegünstigung un die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen», *Deutschen Aussenpolitik*, Berlín oriental, 17.º año, N.º 4, julio-agosto de 1972, pág. 774.

[627] Francia, *Journal officiel de la République Française, Lois et décrets*, París, 12-13 de agosto de 1929, 61.º año, N.º 189.

[628] A. Piot, «Du réalisme dans les conventions d'établissement», *Journal du droit international*, París, 88.º año, N.º 1, enero-marzo 1961, pág. 44.

[629] Level, *loc. cit.*, pág. 338.

[630] *Asunto Sciama y Soussan*, Francia, Tribunal Correccional del Sena, 27 de noviembre de 1962 (véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 148, documento A/CN.4/269, párr. 77).

Dentro de estos límites, y conforme a las mismas condiciones aplicables a los nacionales de la nación más favorecida, tendrán completa libertad para adquirir dichos bienes y disponer de ellos, ya sea mediante compra, venta, donación, permuta, contrato matrimonial, testamento, sucesión o de cualquier otra manera, sin estar sujetos a ningún impuesto, gravamen ni derecho de ninguna naturaleza, distinto de los que se aplican o se apliquen en el futuro a los naturales del país o a los nacionales del Estado más favorecido, o superior a ellos [...] [631].

El Tribunal Supremo declaró:

El Tratado de 1881 declara inequívocamente que su objeto fundamental es establecer una libertad de comercio y navegación completa y recíproca entre las dos naciones signatarias, de modo que sus ciudadanos «tengan completa libertad para establecerse en cualquiera de los territorios». Sus ciudadanos tienen también libertad de recibir, poseer y transmitir bienes mediante comercio, donación, matrimonio, herencia o cualquier otro procedimiento «en las mismas condiciones que los súbditos de la nación más favorecida». De este modo los dos párrafos pertinentes del artículo II del Tratado contienen una cláusula «de la nación más favorecida» con respecto a «adquirir, poseer o transmitir cualquier clase de bienes». Esta cláusula significa que cada una de las partes signatarias concede a la otra los derechos y privilegios más amplios que conceda a cualquier otra nación en otros tratados que haya concertado o concierte en el futuro. A este respecto, nos encontramos con un tratado de este país concertado con Argentina [632] con anterioridad al Tratado de 1881 con Servia, y con los tratados de Yugoslavia con Polonia y Checoslovaquia, en todos los cuales se reconoce inequívocamente la gama más amplia de derechos sucesorios recíprocos a los nacionales de las partes contratantes, lo que protegería precisamente el derecho de estos demandantes yugoslavos a heredar bienes de sus familiares estadounidenses [...].

Opinamos que en virtud del Tratado de 1881, con su cláusula de «la nación más favorecida»., estos demandantes yugoslavos tienen en cuanto a la herencia de los bienes muebles de sus familiares el mismo derecho que si fueran ciudadanos americanos residentes en Oregón [...] [633].

7) La solución utilizada en la práctica y propuesta en el artículo 16 ha sido impugnada en las obras de varios autores. Según Level:

Puede aducirse en contra de la solución afirmativa que en la escala de las concesiones mutuas que se hacen las Altas Partes Contratantes, la cláusula de la nación más favorecida está situada en grado inferior al de la cláusula de asimilación al trato nacional, y que es paradójico que se haga producir a la primera los mismos efectos que a la segunda. Además, cabe preguntarse si la naturaleza particular de las dos cláusulas no se opone a su aplicación acumulativa. Estas cláusulas de equiparación, una respecto del extranjero más favorecido, la otra en relación con el nacional, no surten efectos por su contenido, sino por su simple remisión. Esta especie de remisión de una cláusula a la otra, hasta el punto de producir un efecto que no se ajusta al significado de la primera de ellas, ¿corresponde realmente a la voluntad de los Estados contratantes? [...] Aunque esta argumentación fuera pertinente, la jurisprudencia [francesa] ha adoptado en su conjunto la solución encaminada a aplicar el trato nacional a quienes lo invocan por mediación de una cláusula de la nación más favorecida [634].

8) Sobre la base de la práctica de los Estados, la Comisión no ve razón alguna para apartarse de la conclusión que se desprende del sentido ordinario de la cláusula y que asimila el beneficiario a la nación más favorecida: si la mayor ventaja concedida a un tercer Estado es el trato nacional, éste es el trato que, conforme a la promesa hecha, se debe al beneficiario. Si un Estado desea excluir de su cláusula de la nación más favorecida concesiones que en cuanto al trato nacional haya hecho o pueda hacer en lo sucesivo nada le impide hacerlo. Si esa excepción no se hace constar en el tratado que contiene la cláusula, las consecuencias serán que éste llevará consigo la aplicación del trato nacional. Esta situación requiere simplemente cierta circunspección por parte de quienes participan en la concertación de los tratados.

9) La norma enunciada en el artículo 13 es de carácter supletorio y se aplica solamente a los casos en que el tratado no disponga otra cosa o las partes no hayan convenido en otra cosa. Por eso el artículo empieza con las palabras: «Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa». Pero estas palabras se han puesto entre corchetes para recordar que la Comisión decidirá ulteriormente si ha de incluir esta frase de salvaguardia en los distintos artículos, según proceda, o si adoptará un artículo de carácter general que se aplique a aquellas disposiciones del proyecto que tengan el mismo carácter dispositivo [635].

Artículo 17.—Trato de la nación más favorecida y trato nacional [u otro trato] con respecto a la misma materia

Si un Estado concedente se ha comprometido en virtud de un tratado a otorgar a un Estado beneficiario el trato de la nación más favorecida y el trato nacional [u otro trato] con respecto a la misma materia, el Estado beneficiario tendrá derecho a acogerse al trato que prefiera en cualquier caso particular.

Comentario

1) No es raro que respecto de la misma materia se estipulen tanto el trato nacional como el trato de la nación más favorecida. Nolde recuerda el tratado anglo-portugués de 1642, en cuyo artículo 4 Portugal prometía que

los súbditos del muy renombrado Rey de Gran Bretaña no estarán obligados a pagar mayores derechos de aduana, impuestos y otros gravámenes que los habitantes y súbditos de dichas tierras [reinos, provincias, territorios e islas del Rey de Portugal en Europa], ni que los súbditos de cualquier nación aliada con Portugal [...] [636].

631 G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, Gotinga, Dieterich, 1887. 2.ª serie, t. XI, pág. 745.

632 La Cláusula de trato nacional (art. IX) del Tratado de amistad, comercio y navegación concluido entre los Estados Unidos de América y la Confederación Argentina en 1853 dice lo siguiente:

«En todo lo relativo a [...] la adquisición y disposición de la propiedad, de toda clase y denominación, ya sea por venta, donación o permuta, testamento o cualquier otro modo que sea, [...] los ciudadanos de las Partes Contratantes gozarán recíprocamente de los mismos privilegios, prerrogativas y derechos que los ciudadanos nacionales [...][a].

[a] Estados Unidos de América, *The Statutes at Large and Treaties of the United States of America from December 1925 to March 1927*, vol. X, Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1927, pág. 1009. Para el texto español, véase República Argentina, *Tratados, Convenciones, Protocolos y demás actos internacionales vigentes celebrados por la República Argentina*, Buenos Aires, Imprenta de la Nación, 1901, pág. 73.»

633 *Kolovrat y otros contra Oregón*, Estados Unidos de América, Tribunal Supremo, 1.º de mayo de 1961 (véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 146 y 147, documento A/CN.4/269, párr. 73).

634 *Loc. cit.*, pág. 338.

635 Véase *supra* párr. 117 del presente informe.

636 B. Nolde, «La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels», *Recueil des cours ... 1932-I*, París, Sirey, 1932, vol. 39, pág. 27.

Un ejemplo más reciente es la disposición del párrafo 1 del artículo 6 de la convención multilateral relativa a la cooperación en el transporte marítimo comercial firmada el 3 de diciembre de 1971 en Budapest, por Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, la República Democrática Alemana, Rumania y la URSS, que dice así:

1. Los buques con bandera de las Partes Contratantes gozarán en los puertos de éstas, sobre la base de reciprocidad, del régimen más favorable de que gocen los buques nacionales dedicados al transporte internacional o, también sobre la base de reciprocidad, del régimen más favorable de que gocen los buques de otros países en todo lo relativo a la entrada y permanencia en el puerto y la salida de él, la utilización del puerto para los trabajos de embarque y desembarque de mercaderías y pasajeros, y la utilización de los servicios destinados a la navegación [637].

2) En algunas cláusulas se especifica que la base del trato que se examina será el «más favorable» de los dos regímenes siguientes: el de los nacionales del país concedente y el de los nacionales de la nación más favorecida. Véase, por ejemplo, el artículo 38 del Tratado de amistad, comercio y navegación, celebrado el 21 de noviembre de 1957 entre Italia y la República Federal de Alemania [638].

3) En un documento en que se analiza la compatibilidad de estos dos tipos de concesiones, incorporadas o no en uno o más instrumentos, la Secretaría de la Comisión Económica para Europa llegó a la conclusión siguiente:

[...] Parece que en realidad no se plantea el problema de la compatibilidad entre el régimen general de la nación más favorecida y la concesión de «trato nacional» al transporte marítimo comercial. Cuando ambos sistemas coexisten, prevalecen las disposiciones del «trato nacional», a condición de que no se haya hecho una concesión más favorable a un tercer país. En tal caso, es este trato más favorable el que debe concederse al transporte marítimo del país que tenga derecho tanto al «trato nacional» como al trato de la nación más favorecida. Esta solución, que sin duda prevalece en los acuerdos comerciales, que, como el celebrado entre Noruega y la URSS, contienen la cláusula de «trato nacional» para el transporte marítimo comercial junto con una cláusula general de la nación más favorecida, parece igualmente aplicable tanto al caso de una convención multilateral que incluya ambas cláusulas como al caso de una convención multilateral que sólo comprenda la cláusula general de la nación más favorecida frente a convenciones bilaterales que incluyan la cláusula de «trato nacional» respecto de cuestiones particulares relacionadas con el comercio o la navegación [639].

4) En general, se supone que el trato nacional es por lo menos equivalente o superior al trato del país extranjero más favorecido y que, en consecuencia, el segundo está implícito en el primero. Ello se ha afirmado expresamente en un protocolo que forma parte del Tratado de comercio y navegación firmado entre el Reino Unido y Turquía el 1.º de marzo de 1930. El protocolo dice así:

Se entenderá que, siempre que el presente Tratado establezca el trato nacional, ello llevará implícito el trato del país extranjero más favorecido, ya que la intención de las altas partes contratantes es evidentemente que el trato nacional en sus respectivos territorios sea por lo menos equivalente o superior al trato del país extranjero más favorecido [640].

Sin embargo, tal presunción es discutible. Puede haber casos en que los extranjeros disfruten de ventajas no concedidas a los nacionales. Cuando ello ocurre, el trato de la nación más favorecida aventaja al trato nacional. Una estipulación expresa en ese sentido figura en el Tratado de amistad, comercio y establecimiento recíproco de 6 de septiembre de 1855 entre el Reino Unido y Suiza, cuyo artículo VIII es del tenor siguiente:

En todo lo relativo a la importación, el almacenamiento, el tránsito y la exportación, en relación con sus respectivos territorios, de cualquier artículo de comercio lícito, ambas partes contratantes se comprometen a colocar a sus respectivos súbditos y ciudadanos en un pie de igualdad, como súbditos y ciudadanos del país, o como súbditos y ciudadanos de la nación más favorecida en cualquier caso en que estos últimos gocen de alguna ventaja excepcional no otorgada a los nacidos en el país [641].

5) Según un autor francés:

[el trato nacional] se concede a veces junto con la cláusula de la nación más favorecida. En este caso, el que se aplica es el trato más favorable, generalmente el trato nacional. Excepcionalmente, sin embargo, el trato de la nación más favorecida puede ser más ventajoso que el trato nacional. Ello ocurre cuando un Estado, para desarrollar su producción industrial, concede a las empresas extranjeras exenciones fiscales y otras ventajas superiores a las otorgadas a las empresas nacionales. Sería, pues, totalmente inexacto creer que la concesión del trato nacional abarca automáticamente el trato de la nación más favorecida [642].

6) Según Schwarzenberger:

[...] también pueden utilizarse dos o más criterios en el mismo tratado para una mejor consecución de objetivos idénticos o distintos. Así, la combinación de las cláusulas de la nación más favorecida y de trato nacional puede conducir a un trato más ventajoso para los nacionales de la otra parte contratante que el que puede lograrse mediante el empleo de uno u otro criterio en relación, por ejemplo, con la exención de las obligaciones de la defensa civil. En tales casos, la intención normal de las partes contratantes es que la aplicación de varios regímenes sea acumulativa. En consecuencia, existe una presunción en favor de una interpretación de efecto acumulativo [643].

7) Debe quedar bien claro que la concesión del trato de la nación más favorecida no es el mismo que la concesión del trato nacional. La primera sólo interviene cuando se ha dado a un tercer Estado cierto trato favorable (y si no lo hay, tal concesión no tiene efectos). La segunda es una concesión directa que confiere una ventaja al beneficiario, independientemente de que se haya o no otorgado tal trato a un tercer Estado. Ahora bien, puede ocurrir que la promesa de otorgar el trato de la nación más favorecida vaya asociada a la concesión directa de otra ventaja que no sea el trato nacional. Por ejemplo, el Estado otorgante puede comprometerse a otorgar determinado trato al Estado beneficiario, a sus nacionales, a sus buques, etc., trato que puede no ser el

[637] *Sbornik deistvuyshchikh dogovorov, soglasheny i konventsy, zaklyuchennykh CCCR c inostrannymi gossudarstvami*, vol. XXIX, *Deistvushchie dogovory, soglashenia i konventsii, vstpivshie v silu mezhdu 1 yanvarya i 31 dekabrya 1973 goda* (Tratados, acuerdos y convenciones en vigor entre la URSS y países extranjeros, vol. XXIX, Tratados, acuerdos y convenciones que entraron en vigor entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 1973), Moscú, [Mezhdurarodnye othoshenia, 1975, págs. 364 y 365.

[638] K. Strupp, *Worterbuch des Völkerrechts*, 2.ª ed. [Schlochauer], Berlín, de Gruyter, 1961, vol. II, pág. 500.

[639] E/ECE/270, parte II, párr. 42 *h*.

[640] Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CVIII, pág. 432.

[641] G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil Général de traités*, Gotinga, Dieterich, 1858, t. XVI, parte I, pág. 548.

[642] E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 6.

[643] «The principles and standards of international economic law», *Recueil des cours... 1966-I*, Leiden, Sijthoff, 1967, vol. 117, pág. 68.

mismo que el trato de que gozan sus propios nacionales. En el artículo 17 se prevé también esta situación por medio de la expresión «u otro trato». El artículo enuncia la norma general de que, siempre que se conceda al Estado beneficiario distintos tipos de trato con respecto a la misma materia, dicho Estado tendrá derecho a elegir el trato que prefiera en cualquier caso particular.

8) La Comisión se percata de que una situación en que el Estado beneficiario, sobre la base de uno o varios tratados o de otros compromisos, tiene derecho a distintos tipos de trato con respecto a la misma materia puede plantear graves dificultades de aplicación. ¿Puede el Estado beneficiario trocar libremente su preferencia de un tipo de trato por otro? ¿Puede exigir un tipo de trato para algunas de sus entidades y otro tipo de trato para otras? Por ejemplo, ¿pueden diferentes compañías navieras del Estado beneficiario pedir tipos de trato distintos para sus buques? ¿Pueden exigirse las ventajas en forma acumulativa? La Comisión se da cuenta de que el artículo 17 no responde plenamente a estas preguntas. Lo ha aprobado con carácter provisional y a reserva de un examen ulterior. En particular, las palabras «u otro trato» se han puesto entre corchetes para indicar que la Comisión se propone volver a estudiar la cuestión de si procede incluir en el artículo una referencia al trato directo distinto del trato nacional.

9) Un miembro de la Comisión declaró que, en vista de las dificultades que planteaba el artículo, sería preferible que la regla se formulara como una cláusula de reserva. Propuso el texto siguiente:

El hecho de que el Estado concedente haya aceptado otorgar al Estado beneficiario el trato nacional [o cualquier otro trato] con respecto a la misma materia que la que es objeto de la cláusula de la nación más favorecida no irá en perjuicio del derecho del Estado beneficiario a cualquiera de ellos en virtud de la cláusula de la nación más favorecida.

No obstante, la Comisión decidió aprobar con carácter provisional el texto del artículo 17 en su forma actual.

Artículo 18.—Comienzo del goce de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida

1. El derecho del Estado beneficiario a un trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida no sujeta a la condición de reciprocidad material nace en el momento en que el Estado concedente concede el trato pertinente a un tercer Estado.

2. El derecho del Estado beneficiario a un trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida sujeta a la condición de reciprocidad material nace en el momento en que el Estado beneficiario comunica al Estado concedente su consentimiento en conceder la reciprocidad material respecto de ese trato.

Comentario

1) El artículo 18 se refiere al momento en que nace el derecho del Estado beneficiario al trato de la nación más favorecida. Para que entre en juego la cláusula incondicional de la nación más favorecida deben concurrir dos elementos: *a*) una cláusula válida incluida en un tratado en vigor, y *b*) una concesión de ventajas por el Estado concedente a un tercer Estado. Si la cláusula está condicionada a reciprocidad material se necesita un tercer elemento: que medie tal reciprocidad. Si falta uno de los elementos esenciales no se está en presencia de una cláusula que sea operante o surta efectos [644]. El momento en que la cláusula comienza a surtir efectos es cuando entra en escena el último elemento (el segundo en el caso de la cláusula incondicional y el tercero en el de la cláusula condicionada a reciprocidad material). En cuanto al primer elemento, la validez y la vigencia del tratado se dan por supuestas, por lo que no se mencionan en el artículo 18.

2) Es evidente que la cláusula de la nación más favorecida —salvo que se pacte otra cosa— da derecho a las ventajas concedidas a un tercer Estado antes y después de la entrada en vigor del tratado que contenga la cláusula. La razón de esta norma se ha explicado de la forma siguiente:

[...] como la finalidad de la cláusula es equiparar la situación del Estado beneficiario con la de los terceros Estados, se procedería de mala fe si se limitase esa equiparación a las situaciones jurídicas futuras. Una cláusula *pro futuro*, igual que una cláusula que se refiera al pasado, no se concibe si no va sustentada por una formulación inequívoca. A falta de tal formulación, la cláusula debe hacer extensivas al beneficiario tanto las ventajas concedidas en el pasado como las que se concedan en el futuro [645].

3) La práctica confirma esta opinión, como lo demuestra el siguiente caso. La legislación especial de Bélgica relativa a la duración de los contratos de arrendamiento disponía que los nacionales de los países neutrales o aliados de Bélgica durante la Gran Guerra tendrían derecho a disfrutar de los beneficios de dicha legislación, siempre que mediara trato recíproco. La demandante sostuvo que le había sido negado el privilegio de prorrogar legalmente su arrendamiento a causa de su nacionalidad francesa y por la falta de trato recíproco de los nacionales belgas en Francia. El Tribunal decidió en favor de la demandante. En virtud de la convención franco-belga de 6 de octubre de 1927, los nacionales de cada una de las Altas Partes Contratantes gozan en el territorio de la otra del trato de la nación más favorecida en todas las cuestiones de residencia y establecimiento, así como en el ejercicio de una actividad mercantil, industrial y profesional (artículo 1). Este privilegio se extendió a la posesión, adquisición y arrendamiento de bienes muebles e inmuebles (artículo 2). El tratado celebrado entre Bélgica e Italia el 11 de diciembre de 1882 disponía en su artículo 3 que los nacionales de cada una de la Altas Partes Contratantes gozarían en el territorio de la otra de plenos derechos civiles en condiciones de igualdad. El tribunal declaró:

Se desprende, pues, que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, los franceses en Bélgica se asimilan completamente a los belgas para los efectos del goce de sus derechos civiles y, en consecuencia, les es aplicable la legislación que regula los alquileres. Poco importa que estos tratados sean anteriores o posteriores a la legislación de que se trata [...]

[644] Como señala G. Schwarzenberger, en ausencia de compromisos con terceros Estados, la norma de la nación más favorecida carece de contenido [*International Law and Order (op. cit.)*, pág. 130].

[645] Sauvignon, *op. cit.*, pág. 21, nota 1. En el mismo sentido, véase Basdevant, *loc. cit.*, pág. 488.

El tratado franco-belga de 6 de octubre de 1927 fue negociado por el Gobierno belga con miras a obtener para sus nacionales en Francia todos los beneficios de la legislación de alquileres y propiedad comercial, a fin de que los nacionales de los dos países fueran tratados en igualdad de condiciones [...]

La demandante, por su nacionalidad francesa, tiene derecho, por lo tanto, a gozar de la prórroga legal de su arrendamiento de los locales en virtud del tratado de 6 de octubre de 1927 [646].

4) También se ha planteado y debatido la cuestión de si el comienzo de la efectividad de una cláusula de la nación más favorecida podía influir retroactivamente sobre la situación del Estado beneficiario, es decir, la situación de las personas cuyos derechos derivan de los de ese Estado. Según Level:

Se trata de saber si la cláusula sigue el régimen transitorio del tratado del que toma su contenido o si obedece al régimen transitorio del tratado que estipula el trato de la nación más favorecida. En este último caso, los nacionales del Estado beneficiario podrán también invocar la aplicación de las ventajas anteriormente otorgadas al Estado favorecido, pero este trato sólo adquirirá efectividad en la fecha de entrada en vigor del tratado por el que se estipula la cláusula de la nación más favorecida [...] En la primera hipótesis, puesto que la cláusula toma asimismo el régimen transitorio del tratado concluido con el Estado favorecido, los nacionales del Estado beneficiario se encuentran exactamente en la misma situación que los del Estado favorecido, de manera que tienen derecho a sostener que los privilegios invocados les eran aplicables antes de la publicación del tratado que contiene la cláusula, es decir, a partir de la fecha de la entrada en vigor del tratado concluido entre el Estado favorecido y el Estado concedente. Los nacionales del Estado beneficiario gozarían, pues, en este último caso, del derecho a la aplicación retroactiva, con respecto a la fecha de publicación del tratado que contiene la cláusula, del trato de la nación más favorecida.

La jurisprudencia francesa se ha negado a conferir a la cláusula este efecto retroactivo. Los nacionales del Estado beneficiario sólo pueden exigir que se les apliquen los privilegios reconocidos al Estado favorecido a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado que contiene la cláusula. La técnica misma de la cláusula no justifica una asimilación retroactiva a los extranjeros ya favorecidos. [...] Si se produce una transmisión automática de los privilegios existentes, esa transmisión sólo será válida para el futuro [...] Naturalmente, de acuerdo con la norma admitida en derecho transitorio, las Altas Partes Contratantes pueden prever, mediante acuerdo expreso, la aplicación retroactiva de la cláusula. La solución consagrada por la jurisprudencia francesa se ajusta al análisis de la naturaleza de la cláusula que se desprende del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Anglo-Iranian. El disfrute de los privilegios por razón de la cláusula dimana de la cláusula misma y no del tratado que contiene las disposiciones sustantivas cuya aplicación se reclama. Si bien la cláusula permite el disfrute de los privilegios reconocidos a los nacionales del Estado favorecido, no convierte retroactivamente al Estado beneficiario en parte del tratado concluido entre el Estado concedente y el Estado favorecido [647].

5) En el mismo sentido, Christian Gavalda escribe:

La cláusula no suprime la anterior diversificación de los distintos regímenes jurídicos organizados según los países. La norma «modelo» que prevé que cese lo antes posible una situación jurídica internacional «inoportuna» no prevalece contra el principio del derecho internacional de la irretroactividad.

Se produce, para utilizar la expresión de Scelle, una transmisión automática del régimen más favorable, pero esa transmisión sólo opera hacia el futuro. Adviértase que el mismo razonamiento podría valer para definir el alcance en el tiempo de un tratado que incluya la cláusula de reciprocidad. El beneficio reconocido sobre esta base a los nacionales de un Estado determinado tampoco se remonta a la época en la que nuestros nacionales gozaban (de hecho, de derecho o en virtud de tratados) de este derecho en el extranjero [648]. Este razonamiento parece correcto y está en consonancia con la norma enunciada en el artículo.

6) A. D. McNair, en *The Law of Treaties*, examina la cuestión de «si la aplicación de una cláusula de la nación más favorecida depende simplemente de que un tercer Estado adquiera el derecho a reivindicar cierto trato, o si sólo se aplica cuando el tercer Estado reivindica efectivamente ese trato y empieza a disfrutar de él». Parece pertinente citar aquí su razonamiento:

Supóngase que la Gran Bretaña tiene derecho al trato de la nación más favorecida en virtud de un tratado con el Estado A y, por medio de un tratado entre el Estado A y el Estado B, este último tiene o adquiere el derecho a exigir para sí o para sus nacionales un trato determinado de A, por ejemplo, exención del impuesto sobre la renta o de la aplicación de determinadas disposiciones relativas a la ocupación de casas. ¿Cuándo podrá exigir la Gran Bretaña que A le otorgue el trato debido a B? ¿Inmediatamente o sólo cuando B haya logrado hacer valer su derecho a este trato en virtud del tratado? Esta pregunta admite dos respuestas. La primera es que la Gran Bretaña carece de *locus standi* hasta tanto no pueda invocar el ejercicio y disfrute real de dicho trato por B o por los nacionales de B. Esta solución coloca a la Gran Bretaña a merced del grado de vigilancia que ejerza B o de la importancia que el asunto revista para éste; por ejemplo, tal vez B no tenga nacionales que residan en el territorio de A y perciban en el mismo una renta imponible. La segunda respuesta es que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el tratado con la Gran Bretaña confiere automática y absolutamente a este Estado y a sus nacionales todos los derechos en *pari materia* que posean, en cualquier momento en que el tratado esté en vigor, B y sus nacionales, al margen de la cuestión de si estos derechos se ejercen y se disfrutan de hecho o no, o sea, independientemente de que B los haya exigido, haya olvidado exigirlos o no haya tenido ocasión de hacerlo. Los asesores jurídicos del Gobierno del Reino Unido han informado a éste de que la segunda solución es apropiada, es decir, que si bien la cuestión depende de la correcta interpretación de la cláusula de la nación más favorecida respecto de la cual se plantee dicha cuestión [...], en términos generales [...] el derecho abarca el trato a que tenga derecho la nación más favorecida, independientemente de que éste se haya reivindicado o ejercido efectivamente. El Reino Unido ha adoptado esta segunda solución y ha logrado que prevalezca [649].

Según este mismo autor, el Reino Unido mantuvo una actitud análoga en los casos en los que no era el Estado beneficiario sino el otorgante:

El 11 de abril de 1906 y con respecto a una cuestión relativa al derecho de los extranjeros a recibir títulos británicos de piloto, los asesores jurídicos dijeron —cuando se les preguntó si el derecho que podían reivindicar los nacionales de los países de que se trataba era un derecho absoluto por la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida o si sólo era exigible si los nacionales de los Estados a que se habían concedido trato nacional habían reivindicado y recibido el privilegio concreto de que se trataba— que la respuesta a esa pregunta dependía de la correcta interpretación de la cláusula concreta de la nación más favorecida en relación con la cual se planteara dicha cuestión; sin embargo, en términos generales, opinamos que el derecho abarca el trato que la nación más favorecida puede

[646] *Trossy contra Dumortier*, Bélgica, Tribunal Civil de Bruselas (Cámara de Apelación sobre Restricción de Alquileres), 31 de mayo de 1928 (véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 131 y 132, documento A/CN.4/269, párr. 31).

[647] *Loc. cit.*, pág. 337.

[648] *Revue critique du droit international privé*. París, 1961, N.º 3 (julio-septiembre), pág. 538, nota relativa a un fallo del Tribunal de Casación de 12 de octubre de 1960.

[649] McNair, *op. cit.*, págs. 278 y 279.

reivindicar, independientemente de que se haya reivindicado efectivamente. Por otra parte, el trato otorgado efectivamente en la práctica sería muy importante para la interpretación del tratado del que depende [650].

De la lectura de otro tratadista se desprende que esta opinión no se limita a la práctica británica:

En 1943 la Embajada Americana en Santiago de Chile sostuvo la opinión de que la cláusula incondicional de la nación más favorecida en el acuerdo comercial entre los Estados Unidos y Chile autorizaba la importación, exenta de derechos aduaneros, de madera de construcción de los Estados Unidos «de los tipos especificados en el canje de notas entre los Gobiernos peruano y chileno [en el que se preveía el régimen de franquicia para esos tipos de madera de construcción importados del Perú a Chile] y [que] ello era aplicable independientemente de que se hubieran realizado importaciones en Chile procedentes del Perú o de cualquier otro país de los tipos concretos de madera especificados en las notas». Así, pues, se interpretó la cláusula de la nación más favorecida en el sentido de que otorgaba los derechos legalmente concedidos a los productos de otro país, independientemente de que se hubiera disfrutado efectivamente de tales derechos con respecto a esos productos [651].

7) Con arreglo a lo previsto en el artículo 18, lo que hace surtir efectos a la cláusula es la concesión de ventajas al tercer Estado. Esta «concesión» puede hacerse en virtud de un tratado o en virtud de otra clase de acuerdo celebrado entre el Estado otorgante y el tercer Estado. ¿Se produce el mismo efecto si las ventajas conferidas no se basan en un trato sino en el derecho interno del Estado otorgante? Según McNair:

Es frecuente que esta cuestión esté resuelta de modo inequívoco en el texto de la cláusula particular de que se trate; es común, por ejemplo, la siguiente cláusula:

> «Los nacionales de cada una de las Partes Contratantes gozarán en los territorios de la otra Parte Contratante de plena libertad para adquirir y poseer toda clase de bienes [...] que las leyes de la otra Parte Contratante permitan adquirir y poseer a los nacionales de cualquier país extranjero.»

En cambio, cuando el tratado se limite a prever que los nacionales de A podrán reivindicar todos los derechos y privilegios que B «conceda» a los nacionales de C, puede plantearse la cuestión de si la cláusula se refiere a la concesión hecha mediante tratado o a la hecha por cualquier otro medio. La respuesta británica a esta cuestión es que la cláusula incluye la concesión hecha por cualquier medio [652].

8) Según Nolde, «es totalmente indiferente que los privilegios concedidos a ese "cualquier tercer país" dimanen de la legislación interna de la otra Parte Contratante o de los convenios que éste celebre con "cualquier tercer país"» [653]. Más adelante Nolde califica esta norma de «regla establecida de antiguo y absolutamente indiscutible» [654].

9) La resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1936 es asimismo explícita:

La cláusula de la nación más favorecida confiere al beneficiario el régimen concedido por la otra parte contratante a los nacionales, mercaderías y buques de todo país tercero en virtud de su derecho interno y de su derecho contractual [655].

10) Es evidente que la respuesta a la cuestión a que se refieren los párrafos anteriores depende de la interpretación de la cláusula de que se trate. El objeto de la norma propuesta es precisamente ofrecer una orientación para los casos en que el texto de la cláusula mencione pura y simplemente el trato de la nación más favorecida sin dar detalles en cuanto a su funcionamiento. Se considera que en tales casos cabe presumir que la intención de las partes consiste en colocar al beneficiario en la misma situación jurídica que el tercer Estado. Esta idea y la teoría —ya adoptada por la Comisión [656]— según la cual el derecho del beneficiario dimana del tratado que contiene la cláusula, justificaban suficientemente la adopción de la norma enunciada en el artículo 18.

11) En consecuencia, el *párrafo 1* del artículo 18 señala que el derecho del Estado beneficiario al trato de que goza el tercer Estado nace en el momento en que el Estado otorgante da ese trato a un tercer Estado. Ha de entenderse que si el tercer Estado ya goza de ese trato en el momento de la entrada en vigor de la cláusula, es decir, del tratado que la contiene, el Estado beneficiario tiene inmediatamente derecho al mismo trato. Por el contrario, si el trato aludido se concede al tercer Estado en un momento ulterior, el derecho del Estado beneficiario nace en ese momento.

12) En el caso de una cláusula de la nación más favorecida sujeta a reciprocidad material, se requiere la presencia de un tercer elemento para que nazca el derecho del Estado beneficiario al trato en cuestión: el Estado beneficiario sólo tendrá derecho a dicho trato en el momento en que comunique al Estado otorgante que está dispuesto a conceder la reciprocidad material respecto de ese trato. Salvo que las partes convengan otra cosa, es en ese momento cuando nace el derecho del Estado beneficiario al trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida condicionada a reciprocidad material.

Artículo 19.—Terminación o suspensión del goce de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida

1. El derecho del Estado beneficiario a un trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida termina o queda suspendido en el momento en que termina o queda suspendida la concesión del trato pertinente por el Estado concedente.

2. El derecho del Estado beneficiario a un trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida sujeta a la condición de reciprocidad material termina o queda suspendido también en el momento en que el Estado beneficiario comunica al Estado concedente la terminación o suspensión de tal reciprocidad material.

Comentario

1) De la propia naturaleza de la cláusula de la nación más favorecida se desprende que el derecho del Estado beneficiario y, en consecuencia, la aplicación de la cláusula cesan cuando el tercer Estado pierde su situación privilegiada. Habiendo desaparecido el privilegio, el

[650] *Ibid.*, págs. 279 y 280.

[651] M. Whiteman, *op. cit.*, pág. 750.

[652] McNair, *op. cit.*, pág. 280.

[653] Nolde, *loc. cit.*, pág. 48.

[654] *Ibid.* En el mismo sentido, véase Sauvignon, *op. cit.*, pág. 22.

[655] Véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II.

[656] Véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 227, documento A/9010/Rev.1, cap. IV, secc. B, art. 7.

hecho que hace que la cláusula surta efectos ya no existe y, por lo tanto, la cláusula deja de surtirlos [657].

2) Así, en Finlandia, el Tribunal Supremo Administrativo, en el asunto de la aplicación del acuerdo comercial entre Finlandia y el Reino Unido, dictó el 12 de marzo de 1943 una sentencia del tenor siguiente:

De conformidad con la cláusula de la nación más favorecida concertada entre Finlandia y Alemania, los derechos impuestos sobre ciertas mercancías en el acuerdo comercial entre Finlandia y el Reino Unido debían aplicarse también a las mercancías importadas de Alemania. El Tribunal decidió que, después que el Reino Unido había declarado la guerra a Finlandia, la cláusula de la nación más favorecida ya no era aplicable a Alemania y, por consiguiente, los derechos impuestos sobre las mercancías importadas de Alemania debían tratarse independientemente y no de conformidad con el mencionado acuerdo comercial entre Finlandia y el Reino Unido [658].

3) Esta característica de la cláusula de la nación más favorecida ha sido descrita por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de Bruselas de 1936, de la manera siguiente:

La duración de los efectos de la cláusula de la nación más favorecida está limitada por la duración de las convenciones con terceros Estados que hayan determinado su aplicación [659].

Durante el debate sobre la codificación del derecho de los tratados, el Sr. Jiménez de Aréchaga presentó el proyecto de disposición siguiente:

Cuando las partes hayan derogado las disposiciones de un tratado por las que se concedan derechos o privilegios o hayan renunciado a ellas, un tercer Estado no podrá invocar tales disposiciones en virtud de la cláusula de la nación más favorecida [660].

Ambos textos se limitan al caso en que el privilegio otorgado por el Estado concedente a un tercer Estado esté estipulado en un tratado.

4) Naturalmente, la voluntad de las partes puede alterar la aplicación de la cláusula en circunstancias especiales. Los Estados Unidos afirmaron en la Corte Internacional de Justicia que existían esas circunstancias especiales en el asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos [661]. La Corte interpretó las cláusulas de la nación más favorecida en los tratados celebrados entre los Estados Unidos y Marruecos de acuerdo con la naturaleza y el objeto generales de las cláusulas. Según la Corte:

La segunda consideración [de los Estados Unidos] se basaba en la idea de que las cláusulas de la nación más favorecida contenida en los tratados concertados con países como Marruecos debían considerarse como una manera de formular un texto por referencia y no como un método para establecer y mantener la igualdad de trato sin discriminación entre los distintos países interesados. De acuerdo con esta opinión, los derechos o privilegios que un país podía invocar en virtud de la cláusula de la nación más favorecida y que existían en la fecha de su entrada en vigor, se incorporarían de un modo permanente por referencia y se disfrutarían y ejercerían incluso después de la derogación de las disposiciones del tratado del que habían dimanado.

Desde cualquier punto de vista, esta afirmación es incompatible con la intención de las partes interesadas. Ello lo demuestran tanto el texto de los tratados en particular como las modalidades generales de los tratados que se desprenden del examen de ellos [...] Estos tratados indican que con las cláusulas de la nación más favorecida se pretendía establecer y mantener en todo momento la igualdad fundamental de todos los países interesados, sin discriminación [662].

La Corte también sostuvo:

No está probado que las cláusulas de la nación más favorecida contenidas en los tratados concluidos con Marruecos tengan un significado y unos efectos distintos de las mismas cláusulas de otros tratados ni que estén regidas por normas jurídicas distintas. Cuando se deroguen las disposiciones que conceden inmunidad fiscal de los tratados concertados entre Marruecos y terceros Estados o se renuncie a ellas, ya no pueden hacerse valer esas disposiciones en virtud de una cláusula de la nación más favorecida [663].

5) Un caso notable del cambio de modalidades generales de aplicación de la cláusula es el GATT. La disposición fundamental del Acuerdo es una cláusula general de la nación más favorecida respecto de los derechos aduaneros y otros gravámenes contenida en el párrafo 1 del artículo I [664]. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo II del Acuerdo General dispone que:

Cada Parte Contratante concederá al comercio de las demás Partes Contratantes un trato no menos favorable que el previsto en la parte apropiada de la lista correspondiente anexa al presente Acuerdo [665].

Según G. Curzon:

Incluso cabe sostener que el párrafo 1 del artículo II —protección de listas de concesiones— tiene mayor importancia que la misma cláusula de la nación más favorecida. Este párrafo constituye un fenómeno totalmente nuevo en la legislación mercantil internacional, de no menor importancia que la cláusula de la nación más favorecida. Las «listas» son una enumeración combinada de todas las concesiones hechas por todas las Partes Contratantes en sus negociaciones con los países con los que comercian y de los derechos máximos que perciben. La diferencia respecto de la cláusula de la nación más favorecida es la protección que ofrece contra el aumento de los aranceles aduaneros sobre los artículos incluidos en las listas. La cláusula tradicional, si bien asegura un trato incondicional de la nación más favorecida, sólo ofrece igualdad de trato en caso de modificación de los aranceles [...] [666].

Según Hawkins:

El GATT va más allá del principio de la nación más favorecida a este respecto. Todo miembro que otorgue una concesión está obligado a hacer la misma concesión a los demás miembros que tienen derecho a ella automáticamente; esto no es lo mismo que hacer depender la concesión a estos últimos de la continuación de un acuerdo entre la parte que otorga la concesión inicial y la parte que la negoció [667].

6) Un autor francés describe la aplicación de la cláusula de la manera siguiente:

[657] Snyder, *op. cit.*, pág. 37: M. Sibert, *Traité de droit international public*, París, Dalloz, 1951, vol. II, pág. 255.

[658] Aplicación del acuerdo comercial entre Finlandia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Finlandia, Tribunal Supremo Administrativo, 12 de marzo de 1943 (véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 125, documento A/CN.4/269, párr. 13).

[659] Véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/213, anexo II.

[660] *Anuario... 1964*, vol. I, pág. 192, 752.ª sesión, párr. 1.

[661] *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 176.

[662] *Ibid.*, págs. 191 y 192.

[663] *Ibid.*, págs. 204 y 205.

[664] Véase GATT, *op. cit.*, pág. 2. El texto figura en *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 236, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 144.

[665] GATT, *op. cit.*, pág. 3.

[666] G. Curzon, *Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement on Tariffs and Trade and Its Impact on National Commercial Policies and Techniques*, Nueva York, Praeger, 1966, pág. 64.

[667] Hawkins, *op. cit.*, pág. 226, nota relativa al capítulo VIII.

[...] la cláusula puede imaginarse como un flotador, que permite a su poseedor mantenerse al nivel más alto de las obligaciones aceptadas respecto de otros Estados por el Estado otorgante; si ese nivel desciende, el flotador no puede transformarse en un globo para mantener artificialmente al beneficiario de la cláusula por encima del nivel general de los derechos ejercidos por otros Estados [668].

Como se ha visto, en el sistema del GATT la disposición del párrafo 1 del artículo II ha transformado de hecho ese flotador que es la cláusula en un globo (una vez otorgadas, las concesiones no pueden retirarse sino mediante un procedimiento complicado y difícil de consultas con las partes contratantes conforme al artículo XXVIII del Acuerdo General). Sin embargo, se sostiene que el sistema especial del Acuerdo General constituye una excepción a la norma general de aplicación de la cláusula y que esa norma no se ve afectada en modo alguno por la distinta aplicación de la cláusula de la nación más favorecida dentro del marco del GATT, cuya existencia obedece a un acuerdo concreto de las partes contratantes.

7) Desde el punto de vista de la terminación o suspensión de la cláusula, carece de importancia la causa de la terminación de los beneficios concedidos a terceros Estados. Dado que la norma propuesta es de carácter dispositivo, las partes en un tratado que contenga la cláusula pueden acordar seguir concediéndose su respectivo trato favorable aún después de la expiración de la concesión de las ventajas al tercer Estado. También pueden reafirmar su respectiva situación preferencial sobre la base de arreglos especiales. Un ejemplo histórico de tal caso es el siguiente:

El conflicto italo-abisinio ofrece un último ejemplo del mantenimiento de una ventaja, respecto de un Estado beneficiario de la cláusula, más allá de la duración del trato del tercero favorecido. Las sanciones contra Italia se tradujeron, por parte de los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones, en la denuncia de sus acuerdos comerciales con Roma. Normalmente, los privilegios contenidos en esos acuerdos deberían dejar al mismo tiempo de favorecer a los terceros países beneficiarios de la cláusula. Sin embargo, se mantuvieron esas ventajas en su favor con arreglo al párrafo 3 del artículo 16 del Pacto en virtud del cual los miembros de la Sociedad convenían en prestarse apoyo recíproco en la aplicación de medidas económicas y financieras tomadas a título de sanción, «para reducir al mínimo las pérdidas y los inconvenientes que pudieran ocasionarles» [669].

El autor que cita el caso agrega la siguiente observación:

El Artículo 49 de la Carta de las Naciones Unidas [ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad] también puede justificar una demanda en ese sentido por parte de un Estado beneficiario, eventualmente después de que éste haya realizado las consultas previstas en el Artículo 50 [670].

8) El *párrafo 1* del artículo 19 se aplica a todos los tipos de cláusula de la nación más favorecida, esté o no sujeta a reciprocidad material. Es evidente que el derecho del Estado beneficiario al trato favorable expira o se suspende en el momento en que el trato pertinente conferido por el Estado otorgante termina o queda suspendido según el caso. En los casos en que el Estado otorgante conceda a más de un tercer Estado el trato que entra dentro del ámbito de aplicación de la materia de la cláusula, debe entenderse que la terminación o suspensión del derecho del Estado beneficiario al trato de favor se produce en el momento en que termina o queda suspendido el trato pertinente concedido a todos los terceros Estados de que se trate.

9) El *párrafo 2* del artículo 19 prevé el caso de una cláusula de la nación más favorecida sujeta a la condición de reciprocidad material. En tal caso, el derecho del Estado beneficiario a los privilegios disfrutados por el tercer Estado también terminará o quedará suspendido en el momento en que el Estado beneficiario retire, con carácter permanente o temporal, su consentimiento a otorgar reciprocidad material. La comunicación en nombre del Estado beneficiario tendrá por efecto terminar o suspender su propio derecho, aunque el tercer Estado continúe gozando del trato preferencial.

10) Las disposiciones del artículo 19 no son de carácter exhaustivo. Otros acontecimientos pueden también poner término al goce de los derechos del Estado beneficiario: la expiración del plazo fijado en la cláusula, el acuerdo entre el Estado concedente y el Estado beneficiario de poner fin a la cláusula y la unión de estos Estados. Algunos miembros de la Comisión opinaron que la terminación o suspensión de la reciprocidad material que no fuera objeto de una comunicación del Estado beneficiario tendría el mismo efecto de terminar o suspender el goce de los derechos de tal Estado.

Artículo 20.—Ejercicio de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida y observancia de las leyes y reglamentos del Estado concedente

El ejercicio de los derechos que dimanan de una cláusula de la nación más favorecida para el Estado beneficiario y las personas o cosas que se hallen en una determinada relación con ese Estado está sujeto a la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes del Estado concedente. No obstante, esas leyes y reglamentos no deberán aplicarse de modo que el trato del Estado beneficiario y de las personas o cosas que se hallen en una determinada relación con ese Estado resulte menos favorable que el del tercer Estado o el de las personas o cosas que se hallen en la misma relación con ese tercer Estado.

Comentario

1) Una cláusula incondicional de la nación más favorecida permite al Estado beneficiario el ejercicio o disfrute de los derechos previstos en la cláusula sin contraprestación y sin condiciones. Normalmente, disfrutan de estos derechos o los ejercen los nacionales, buques, productos, etc., del Estado beneficiario. La expresión «sin condiciones» en este contexto quiere decir que el derecho del Estado beneficiario y el derecho de sus nacionales, buques, productos, etc., derivados de aquél no pueden hacerse depender del ejercicio o disfrute de

[668] Cl. Rossillion, «La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice», *Journal du droit international*, París, 82.º año, N.º 1, enero-marzo de 1955, pág. 106.

[669] Citado por E. Sauvignon, *op. cit.*, pág. 96.

[670] *Ibid.* Para los detalles sobre las diferencias entre Etiopía e Italia, véase Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, *Supplément spécial N.º 145*, pág. 26, y *Supplément spécial N.º 150*, págs. 11 y 12.

ese derecho por el Estado otorgante (sus nacionales, buques, productos, etc.) en el Estado beneficiario. Sin embargo, el elemento de incondicionalidad no puede entenderse con tal amplitud que llegue a dispensar al Estado beneficiario, es decir, a sus nacionales, buques, productos, etc., del deber de respetar las leyes y reglamentos internos del Estado concedente y de cumplirlos del mismo modo que se prevé y exige su observancia de cualquier otro Estado, es decir, de sus nacionales, productos, etc.

2) El siguiente asunto, fallado recientemente por el Tribunal de Casación francés, explica cabalmente la idea que informa el artículo 20. El apelante, ciudadano italiano, había sido condenado en virtud del artículo 1 del Decreto-Ley de 12 de noviembre de 1938 por no haber obtenido, en su calidad de extranjero, un permiso para ejercer el comercio. Sostuvo el recurrente que no tenía necesidad de poseer un permiso para ejercer el comercio porque, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el acuerdo franco-italiano de 17 de mayo de 1946, tenía derecho a invocar la convención franco-española de 7 de enero de 1862, que daba a los ciudadanos españoles el derecho a ejercer una actividad comercial en Francia. El fiscal adujo que la convención franco-española no dispensaba a los ciudadanos españoles del requisito de obtener un permiso para ejercer el comercio y que una carta del Ministro francés de Relaciones Exteriores de fecha 15 de abril de 1957, en que se manifestaba que los extranjeros con derecho a invocar tratados que conferían el derecho a ejercer el comercio en Francia no estaban exentos del requisito de obtener permiso para ejercer el comercio, y que esa carta tenía fuerza obligatoria para los tribunales. La apelación fue denegada. El Tribunal declaró:

El fallo contra el que se apela, teniendo en cuenta la carta del Ministro de Relaciones Exteriores de 15 de abril de 1957, concluye que el ejercicio del derecho a ejercer el comercio en Francia, que se concede a los extranjeros por acuerdos internacionales, no exime a los extranjeros de satisfacer los requisitos necesarios —y suficientes— a saber: estar en posesión de un permiso para ejercer el comercio, y que esto se aplica en particular a los nacionales italianos en virtud del acuerdo franco-italiano de 17 de mayo de 1946.

El fallo contra el que se apela ha motivado así correctamente su decisión, sin violar ninguna de las disposiciones que se mencionan en la apelación.

Aunque los acuerdos internacionales sólo pueden ser interpretados por las partes contratantes, su interpretación en lo que concierne a Francia corresponde al Gobierno francés, que es el único calificado para establecer el sentido y el alcance de un documento diplomático. El acuerdo franco-italiano de 17 de mayo de 1946 dispone que los nacionales italianos tienen derecho a beneficiarse de la cláusula de la nación más favorecida y la convención de 7 de enero de 1862 entre Francia y España, en que se basa el apelante y que se aplica a los nacionales italianos con respecto al ejercicio de actividades comerciales debe, de conformidad con la interpretación dada por el Ministro de Relaciones Exteriores, entenderse como sigue: aunque las disposiciones aplicables a los extranjeros no deben, sin violar las disposiciones de los acuerdos internacionales, dar por resultado una restricción en el disfrute de los derechos que el tratado confiere a los nacionales españoles, el deber impuesto a un comerciante español de estar en posesión de un permiso especial para ejercer el comercio no afecta el disfrute de esos derechos sino sólo las condiciones de su ejercicio. Estar en posesión de un permiso para ejercer el comercio es por eso una condición necesaria y suficiente, que debe satisfacerse para que un extranjero pueda acogerse al régimen aplicable a los nacionales [671].

3) En algunos casos, la propia cláusula hace referencia a las leyes del Estado concedente y prevé expresamente que los derechos que otorga dicha cláusula deberán ejercerse «de conformidad con las leyes» de ese Estado. Este es el caso del asunto que se resume a continuación: el causante, en el momento de su fallecimiento, tenía residencia en el Estado de Nueva York. Falleció intestado. Era ciudadano y súbdito del Reino de Italia y todos sus parientes más próximos residían en Italia. No tenía parientes cercanos que residieran en el Estado de Nueva York y en la demanda se manifestó que no había acreedores. El Cónsul General del Reino de Italia presentó una petición para administrar los bienes del causante. El «administrador público» no compareció pese a haber sido debidamente notificado. El demandante pidió que se le reconociera el derecho a administrar la sucesión, sin constituir fianza y de preferencia al «administrador público» y basó su petición en las disposiciones previstas en el Tratado consular de 1878 concertado entre los Estados Unidos e Italia. Se le concedió la facultad de administrar. El Tribunal dijo:

Reconociendo que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida prevista en el tratado con Italia relativo a los derechos, prerrogativas, inmunidades y privilegios de los cónsules, la estipulación que figura en el Tratado con la República Argentina [47] de 27 de julio de 1853 pasa a formar parte del tratado con Italia, no veo en esa estipulación justificación alguna para la conclusión pedida. El derecho a intervenir «con arreglo a las leyes» del Estado de Nueva York es distinto del derecho a descartar las leyes del Estado y privar del derecho a la obligación de administrar bienes a una persona que, según esas leyes, es el funcionario encargado de la administración de la herencia de personas que tengan su domicilio en este Estado y no tengan parientes cercanos en la jurisdicción. Y, cuando las leyes del Estado exigen que el administrador constituya fianza, que se determina según el valor de los bienes, ninguna norma del tratado exime al Cónsul de ese requisito por el simple hecho de aducir, en definitiva, que no tiene conocimiento de la existencia de ninguna deuda [...]. En consecuencia, se puede conceder la facultad de administrar al demandante, si éste deposita la fianza usual, y ello se hace en cumplimiento de nuestro derecho interno y en vista de que el administrador público se ha negado a actuar.

[47] El artículo 9 del Tratado entre los Estados Unidos de América y Argentina dice: «Si algún ciudadano de cualquiera de las dos Partes Contratantes falleciera intestado en alguno de los territorios de la otra, el Cónsul General o Cónsul de la Nación a la que pertenezca el finado, o sea el representante de dicho Cónsul General o Cónsul en ausencia de éstos, tendrá el derecho de intervenir en la posesión, administración y liquidación judicial de los bienes del finado, conforme a las leyes del país, en beneficio de sus acreedores y herederos legales» [672].

4) En otros casos, la obligación de respetar las leyes internas del Estado concedente se estipula en una disposición aparte dentro del tratado que contiene la cláusula de la nación más favorecida. Así, por ejemplo, el acuerdo comercial a largo plazo, de 23 de junio de 1962, entre la Unión Soviética y la República Arabe Unida, contenía la siguiente disposición (art. 6):

La circulación de mercaderías entre la URSS y la República Arabe Unida se realizará de conformidad con las disposiciones del presente

[671] *Asunto Corneli*, Francia, Tribunal de Casación, 2 de julio de 1958 (véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 142, documento A/CN.4/269, párr. 63).

[672] *Asunto: Sucesión Logiorato*, Estado de Nueva York, Tribunal de Testamentarías del Condado de Nueva York, febrero de 1901 (véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 152, documento A/CN.4/269, párr. 89).

Acuerdo y con las leyes y reglamentos relativos a la importación en vigor en ambos países, siempre y cuando estas leyes y reglamentos se apliquen a todos los países [673].

5) Un autor alemán expresa la norma propuesta en el artículo 20 de esta forma:

Las condiciones que acompañan al otorgamiento de un determinado tipo de trato más favorable reivindicado en virtud de la cláusula de la nación más favorecida no deben confundirse con la forma condicional de la cláusula de la nación más favorecida. No se alude aquí al trato recíproco en el sentido de la forma condicional de la cláusula de la nación favorecida, sino a las condiciones de hecho que deben concurrir para que se dé el trato más favorable (por ejemplo, un certificado de aptitud como requisito para autorizar a un extranjero a ejercer un oficio determinado; certificados de origen o de análisis a los efectos de demostrar el origen de la clasificación arancelaria de mercaderías). No obstante, esas condiciones de hecho han de guardar una relación objetiva con la ventaja que vaya a otorgarse y no deben servir de pretexto para una discriminación oculta [674].

La última frase de la cita pone de relieve el requisito de la buena fe. Naturalmente, tal requisito no se limita únicamente a esta situación particular.

6) Aunque los comentarios y la jurisprudencia se refieren a casos de cláusulas incondicionales de la nación más favorecida, parece obvio que la norma propuesta se aplica también a los casos en los que la cláusula de la nación favorecida está asociada a la condición de reciprocidad material. Así, pues, la norma propuesta se expresa en términos generales y no establece diferencias entre los dos tipos de cláusulas.

7) La norma propuesta en el artículo 20 guarda una cierta relación con el artículo 41 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas [675], el artículo 55 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares [676] y el artículo 47 de la Convención sobre las Misiones Especiales [677]. Pero esa norma viene de más lejos y procede, en definitiva, del principio de soberanía e igualdad de los Estados. Huelga decir que, fuera de los límites de los privilegios concedidos por un Estado, las leyes y reglamentos de éste deben observarse de modo general en su territorio.

8) La finalidad de una cláusula de la nación más favorecida, que consiste en crear una situación de no discriminación entre el Estado beneficiario y el Estado otorgante, puede verse frustrada por una aplicación discriminatoria de las leyes del Estado otorgante. Por lo tanto, la Comisión ha llegado a la conclusión de que la norma incorporada en el artículo 20, que enuncia la obligación de cumplir las leyes pertinentes del Estado otorgante, debe contener además cierta salvedad en cuanto a la aplicación de tales leyes. En consecuencia, el artículo 20 determina que las leyes del Estado concedente no se aplicarán de modo que el trato del Estado beneficiario y de todas las personas o cosas que se hallen en una determinada relación con ese Estado sea menos favorable que el del tercer Estado o el de las personas o cosas que se hallen en la misma relación con ese tercer Estado.

Artículo 21.—La cláusula de la nación más favorecida y el trato concedido dentro del marco de un sistema generalizado de preferencias [678]

Un Estado beneficiario no tiene derecho en virtud de una cláusula de la nación más favorecida al trato concedido por un Estado concedente desarrollado a un tercer Estado en desarrollo, sobre una base no recíproca, dentro del marco de un sistema generalizado de preferencias establecido por ese Estado concedente.

Comentario

1) Según se indica en la introducción de este capítulo [679], la Comisión, desde los comienzos de su labor, se percató del problema que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida plantea en el campo de las relaciones económicas en un mundo compuesto por Estados cuyo desarrollo económico es extraordinariamente desigual. Se ha citado una parte del Octavo Principio general de la Recomendación A.I.1 aprobado por la UNCTAD en su primer período de sesiones. Este Principio fue aprobado en 1964, en votación nominal, por 78 votos contra 11 y 23 abstenciones.

2) La secretaría de la UNCTAD ha explicado el significado del Octavo Principio general del modo siguiente:

Del Octavo Principio general se desprende claramente que la doctrina básica de la UNCTAD parte del supuesto de que las necesidades comerciales de una economía en desarrollo son sustancialmente diferentes de las de una economía desarrollada. En consecuencia, esos dos tipos de economía no deben quedar sujetos a las mismas normas en sus relaciones comerciales internacionales. La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a todos los países, cualquiera que sea su nivel de desarrollo, satisfaría las condiciones de una igualdad formal, pero en realidad entrañaría una discriminación implícita contra los miembros más débiles de la comunidad internacional. Ello no significa rechazar con carácter permanente la cláusula de la nación más favorecida. La frase inicial del Octavo Principio general dice que «El comercio internacional debe realizarse de manera que resulte mutuamente ventajoso, sobre la base del trato de nación más favorecida [...]». El reconocimiento de las necesidades de los países en desarrollo en cuanto a comercio y progreso exige que durante un tiempo determinado no se aplique la cláusula de la nación más favorecida a determinados tipos de relaciones comerciales internacionales **.

** En palabras del informe titulado «Los países en desarrollo en el GATT» presentado en el primer período de sesiones de la Conferencia: «Es indiscutible la necesidad de un régimen de derecho para el comercio mundial. La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿Cuál debe ser la naturaleza de ese derecho? ¿Debe ser un derecho basado en la presunción de que el mundo es esencialmente homogéneo, compuesto de países de igual capacidad y de niveles de desarrollo económico comparables, un derecho fundado por tanto en principios de reciprocidad y no discriminación? ¿O debe ser un derecho que reconozca la diversidad de niveles de desarrollo económico y las diferencias de los sistemas económicos y sociales?» [680].

[673] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 472, pág. 74.

[674] G. Jaenicke, en K. Strupp, *op. cit.*, pág. 497. Véase *supra* el asunto de las vacas suizas, citado en el párrafo 20 del comentario a los artículos 11 y 12.

[675] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 174.

[676] *Ibid.*, vol. 596, págs. 414 y 415.

[677] Resolución 2530 (XXIV) de la Asamblea General, anexo.

[678] La Comisión aprobó provisionalmente el presente texto del artículo 21 a reserva de ulterior examen y posible mejora en primera lectura en el curso del período de sesiones del año próximo.

[679] Véanse párrs. 113 y 114 *supra*.

[680] Véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 248, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 188.

3) Lo que ofrece interés primordial para los países en desarrollo es, desde luego, las preferencias que les conceden los países desarrollados. La principal finalidad perseguida por la UNCTAD desde el primer momento ha sido establecer un sistema generalizado de preferencias, sin reciprocidad ni discriminación, en beneficio de los países en desarrollo. Las ideas esenciales de la UNCTAD en este campo han sido explicadas del modo siguiente en un memorando de investigación:

En la relación entre los países desarrollados y los países en desarrollo la cláusula de la nación más favorecida está sujeta a importantes salvedades. Estas salvedades derivan del principio de un sistema generalizado de preferencias sin reciprocidad ni discriminación. Los países desarrollados con economía de mercado han de conceder un trato preferencial en sus mercados a las exportaciones de manufacturas y semimanufacturas de los países en desarrollo. Este trato preferencial sólo debe aplicarse a los productos procedentes de países en desarrollo. Al mismo tiempo no se exigirá a los países en desarrollo que otorguen concesiones recíprocas a los países desarrollados.

La necesidad de un sistema de preferencias en beneficio de los países en desarrollo se menciona en varias recomendaciones aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en su primer período de sesiones. En el Octavo Principio general se establece que «[...] Los países desarrollados deberán conceder preferencias a todos los países en desarrollo [...] sin que al conceder estas u otras preferencias exijan en compensación preferencia alguna por parte de los países en desarrollo» [681]. En su recomendación A.III.5 la Conferencia recomendó «que el Secretario General de las Naciones Unidas adopte las disposiciones apropiadas para que se establezca lo antes posible una comisión de representantes de los gobiernos [...] con miras a elaborar el método más adecuado para aplicar dichas preferencias sin reciprocidad por parte de los países en desarrollo» [682].

En el segundo período de sesiones de la Conferencia se aceptó por unanimidad el principio del trato preferencial de las exportaciones de manufacturas y semimanufacturas de los países en desarrollo. Con arreglo a la resolución 21 (II), la Conferencia:

«1. *Conviene* en que los objetivos del sistema generalizado de preferencias sin reciprocidad ni discriminación en favor de los países en desarrollo, con inclusión de medidas especiales en beneficio de los menos adelantados de entre ellos, deberían ser:

»*a*) Aumentar los ingresos de exportación de esos países;

»*b*) Promover su industrialización;

»*c*) Acelerar su ritmo de crecimiento económico.

»2. *Constituye* con este objeto una Comisión Especial de Preferencias, como órgano auxiliar de la Junta de Comercio y Desarrollo, a fin de que todos los países interesados puedan participar en las consultas necesarias [...].

»...

»4. *Pide que* [...]; el objetivo debería consistir en ultimar los detalles de las disposiciones en el curso de 1969, con miras a conseguir lo antes posible, a partir de ese momento, la aprobación legislativa y las necesarias exenciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio;

»5. *Toma nota* de la esperanza manifestada por muchos países de que esas disposiciones entren en vigor a principios de 1970» [683].

No es éste el lugar para examinar por extenso las razones y consideraciones que fundamentan la posición de la UNCTAD acerca de la cuestión de las preferencias. Dada la lentitud de la expansión de las exportaciones de productos primarios y las limitaciones de la industrialización orientada hacia el interior, el crecimiento económico de los países en desarrollo depende en no escasa medida del desarrollo de industrias orientadas hacia la exportación. Es evidente, no obstante, que para entrar con pie firme en los mercados competitivos de los países desarrollados, los países en desarrollo necesitan gozar, durante determinado período, de unas condiciones de acceso preferenciales. Los argumentos en favor de ese trato preferencial no difieren mucho de los relativos a la protección de las industrias nacientes. Se viene aceptando desde hace tiempo que en las primeras fases de la industrialización los productores nacionales no deben estar expuestos en el mercado interno a la competencia extranjera. Esto se logra mediante la protección de las industrias incipientes en el mercado interno. Por la misma razón, puede afirmarse que la promoción de las industrias orientadas hacia la exportación requiere un mercado de exportación protegido. Esto se logra mediante el establecimiento de condiciones preferenciales de acceso en favor de los países en desarrollo. El trato preferencial para las exportaciones de manufacturas y semimanufacturas debe prolongarse hasta que se considere que los países en desarrollo han alcanzado un puesto competitivo en el mercado mundial. Al llegar a esta etapa las condiciones de acceso a los mercados de los países desarrollados deben regirse de nuevo por la cláusula de la nación más favorecida.

La UNCTAD, si bien es partidaria del establecimiento de un sistema general de preferencias sin reciprocidad aplicable a todos los países en desarrollo, no apoya las llamadas preferencias especiales o verticales. Con estas expresiones se designan los acuerdos preferenciales actualmente vigentes entre algunos países en desarrollo y algunos países desarrollados. Ejemplo típico de preferencias verticales es el régimen existente entre la Comunidad Económica Europea (CEE) y dieciocho países africanos, la mayoría de los cuales fueron colonias francesas. Lo mismo puede decirse del acuerdo preferencial entre el Reino Unido y los países en desarrollo del Commonwealth. Estos acuerdos preferenciales difieren del sistema general de preferencias en dos puntos importantes:

«*a*) Implican discriminación en favor de algunos países en desarrollo y en perjuicio de otros países en desarrollo. En consecuencia, pueden afectar de manera adversa a los terceros países en desarrollo.

»*b*) Son recíprocos. Los países africanos asociados gozan de condiciones preferenciales de acceso al Mercado Común. En contrapartida, los países del Mercado Común gozan de acceso preferencial a los mercados de los países asociados. Aunque existen algunas excepciones, la reciprocidad es también una característica de las relaciones existentes entre el Reino Unido y los países del Commonwealth.»

Como se ha señalado con anterioridad, estos acuerdos preferenciales están sancionados por el artículo I del GATT como excepción a la aplicación de la cláusula de nación más favorecida. Con arreglo a las recomendaciones de la UNCTAD estos acuerdos preferenciales han de ir desapareciendo gradualmente a medida que se otorguen ventajas equivalentes a los países en desarrollo beneficiarios. En el Octavo Principio general se dice:

«Las preferencias especiales de que gozan actualmente algunos países en desarrollo en ciertos paises desarrollados deberán ser consideradas como transitorias y sujetas a disminución progresiva. Deberán suprimirse tan pronto como entren en vigor medidas internacionales efectivas que garanticen por lo menos ventajas equivalentes a los países interesados»[684].

La cuestión se aborda de nuevo en la recomendación A.II.1:

681 Véase *Actas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, vol. I, *Acta Final e Informe* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 64.II.B.11), pág. 22.

682 *Ibid.*, pág. 43.

683 *Ibid., segundo período de sesiones*, vol. I y Corr.1 y 3 y Add.1 y 2, *Informe y Anexos* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.68.II.D.14), pág. 41.

684 *Ibid., primer período de sesiones*, vol. I, *Acta Final e Informe* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 64.II.B.11), pág. 22.

«Los acuerdos preferenciales entre países desarrollados y países en desarrollo que entrañen discriminaciones respecto de otros países en vías de desarrollo y que sean indispensables para el mantenimiento y el aumento del total de los ingresos de exportación, así como para el incremento económico de los países poco desarrollados que en la actualidad gozan de ellos, deberán ser suprimidos a medida que sean efectivamente aplicadas, en favor de esos países, medidas internacionales que les aseguren ventajas por lo menos equivalentes. Esas medidas internacionales deberán ser adoptadas de manera gradual, de tal forma que sean aplicadas antes del fin del Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo»[685].

La posición de la UNCTAD respecto de la cuestión de las preferencias especiales está motivada por varias consideraciones. Se estima que la existencia de estos acuerdos preferenciales puede representar un obstáculo para el eventual establecimiento de una economía mundial plenamente integrada. La posición privilegiada de algunos países en desarrollo en los mercados de algunos países desarrollados puede inducir a terceros países en desarrollo a tratar de conseguir privilegios exclusivos análogos en los mismos países desarrollados o en otros. La experiencia del último decenio justifica sobradamente esta opinión. La Convención de Yaundé de 1963, en la que se prevé el establecimiento de un régimen preferencial entre la CEE y los dieciocho países africanos, ha inducido a otros muchos países africanos (por ejemplo, Nigeria, Kenia, Uganda, Tanzania) a tratar de concertar una asociación análoga con la CEE. Además, en América Latina parece generalizarse la idea de que para contrarrestar la discriminación contra los países latinoamericanos en el Mercado Común tal vez sea necesario obtener un trato preferencial en el mercado de los Estados Unidos, del que quedarían excluidos los países africanos asociados. Esta proliferación de acuerdos preferenciales especiales entre grupos de países puede provocar en definitiva la división de la economía mundial en bloques económicos competitivos.

Dejando aparte el peligro de la proliferación, las preferencias especiales implican, como se señaló anteriormente, un trato recíproco. En consecuencia, algunos países desarrollados gozan de acceso preferencial a los mercados de algunos países en desarrollo. También en este caso la existencia de las llamadas preferencias recíprocas puede ofrecer un incentivo más para que se multipliquen los acuerdos verticales de intercambio.

Basándose en estas consideraciones la UNCTAD ha recomendado la supresión gradual de las preferencias especiales. Se admite, no obstante, que en el caso de determinados países es indispensable gozar de un trato preferencial para mantener y acrecentar los ingresos de exportación. Por esta razón la desaparición de las preferencias especiales se ha condicionado a la aplicación de medidas internacionales en virtud de las cuales se concedan ventajas por lo menos equivalentes a los países en desarrollo beneficiarios de aquéllas [686].

4) En materia de preferencias, el segundo período de sesiones de la UNCTAD, celebrado en 1968, llegó a un acuerdo transaccional unánime que se recoge en la resolución 21 (II). Esta solución propugnaba el establecimiento de un sistema generalizado de preferencias, sin reciprocidad ni discriminación, y preveía la necesidad de suprimir gradualmente las preferencias especiales.

5) La Comisión Especial de Preferencias, creada en virtud de la resolución 21 (II) como órgano subsidiario de la Junta de Comercio y Desarrollo, llegó a unas «conclusiones convenidas» sobre un sistema generalizado de preferencias, y la Junta de Comercio y Desarrollo anexó estas conclusiones a la decisión 75 (S-IV) adoptada en su cuarto período extraordinario de sesiones, celebrado en Ginebra los días 12 y 13 de octubre de 1970 [687]. A continuación se insertan algunos pasajes de este importantísimo documento:

La Comisión Especial de Preferencias,

1. Recuerda que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo reconoció en su resolución 21 (II) de 26 de marzo de 1968, que se había llegado a un acuerdo unánime en favor del pronto establecimiento de un sistema generalizado de preferencias, sin reciprocidad ni discriminación, que fuera mutuamente aceptable y redundase en favor de los países en desarrollo.

2. Recuerda además que se convino en que los objetivos del sistema generalizado de preferencias, sin reciprocidad ni discriminación en favor de los países en desarrollo, con inclusión de medidas especiales en favor de los países de menor desarrollo relativo, deberían ser: *a*) aumentar los ingresos de exportación de esos países; *b*) promover su industrialización, y *c*) acelerar el ritmo de su crecimiento económico.

...

9. Reconoce que estos arreglos preferenciales son mutuamente aceptables y representan un esfuerzo de cooperación que es consecuencia de las consultas detalladas e intensivas que se han celebrado en la UNCTAD entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Esta cooperación seguirá manifestándose en las consultas que tengan lugar en el futuro en relación con los exámenes periódicos del sistema y de su funcionamiento.

10. Toma nota de la decisión de los países que estudian la concesión de preferencias de recabar lo más rápidamente posible la sanción legislativa o de otra índole necesaria para la aplicación de los arreglos preferenciales lo antes posible en 1971.

...

II.—Preferencias inversas y preferencias especiales

1. La Comisión Especial toma nota de que, de conformidad con la resolución 21 (II) de la Conferencia, se está de acuerdo en cuanto al objetivo de que todos los países en desarrollo deberían en principio participar desde el comienzo como beneficiarios, y que el logro de este objetivo en relación con la cuestión de las preferencias inversas, que queda por resolver, exigirá nuevas consultas entre las partes directamente interesadas. Estas consultas deberían proseguirse urgentemente con miras a encontrar soluciones antes de poner en práctica los esquemas. El Secretario General de la UNCTAD prestará su concurso a estas consultas con el acuerdo de los gobiernos interesados.

...

III.—Mecanismos de salvaguardia

1. Los distintos esquemas de preferencias propuestos prevén ciertos mecanismos de salvaguardia (por ejemplo, una limitación *a priori* o medidas del tipo de cláusulas liberatorias), de modo que los países que conceden preferencias mantengan cierto grado de control sobre el comercio que se origine como consecuencia de las nuevas ventajas arancelarias. Los países que conceden preferencias se reservan el derecho de introducir modificaciones en las modalidades de aplicación o el alcance de sus medidas, y en particular de limitar o retirar total o parcialmente algunas de las ventajas arancelarias concedidas en caso de que lo estimen necesario. Sin embargo, los países que conceden preferencias declaran que dichas medidas tendrían carácter excepcional y sólo se aplicarían después de tener debidamente en cuenta, en la medida en que sus disposiciones legales lo permitan, los objetivos del sistema generalizado de preferencias y los intereses generales de los países en desarrollo, y en particular los intereses de los países de menor desarrollo relativo.

...

685 *Ibid.*, pág. 33.

686 UNCTAD, Research memorandum N.º 33/Rev.1, párrs. 19 a 27.

687 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N.º 15* (A/8015/Rev.1), págs. 315 y ss., tercera parte, anexo I.

IV.—BENEFICIARIOS

1. La Comision Especial tomó nota de las distintas comunicaciones a este respecto de los países que conceden preferencias y de la posicion conjunta de los países miembros de la Organización de Cooperacion y Desarrollo Económicos expuesta en el parrafo 13 de la introduccion a la documentación basica que contiene las comunicaciones preliminares de los paises desarrollados [..], que dice así.

«En lo que se refiere a los beneficiarios, los paises donantes se basarian en general en el principio de la autoeleccion. Con respecto a este principio, convendria remitirse a los párrafos pertinentes del documento TD/56 [..], es decir, la sección A de la parte I.»

. .

V —MEDIDAS ESPECIALES EN FAVOR DE LOS PAÍSES DE MENOR DESARROLLO RELATIVO

1. Al aplicar la resolucion 21 (II) de la Conferencia, y conforme se dispone en ella, conviene tener en cuenta la necesidad especial de mejorar la situacion economica de los paises de menor desarrollo relativo. Es importante que estos paises se benefien en el mayor grado posible del sistema generalizado de preferencias. A este respecto, deben tenerse presentes las disposiciones de la resolucion 24 (II) de 26 de marzo de 1968 de la Conferencia.

2. Los países que conceden preferencias examinarán, en la medida de lo posible y caso por caso, la inclusion, en el sistema generalizado de preferencias de productos cuya exportación interesa sobre todo a los baises de menor desarrollo relativo y cuando proceda, la concesión de mayores reducciones arancelarias para tales productos.

VI.—DURACION

La duración inicial del sistema generalizado de preferencias será de diez años. Se llevará a cabo un examen a fondo poco antes de que termine el período de diez años para determinar, a la luz de los objetivos de la resolución 21 (II) de la Conferencia, si procede mantener el sistema de preferencias despues de ese período.

VII.—NORMAS DE ORIGEN

VIII.—DISPOSICIONES INSTITUCIONALES

1. La Comisión Especial de Preferencias conviene en que deberia existir dentro de la UNCTAD un mecanismo apropiado para ocuparse de las cuestiones relativas a la aplicacion de la resolución 21 (II) de la Conferencia, teniendo en cuenta la resolución 24 (II) de la Conferencia. El [órgano apropiado de la UNCTAD] debería tener las siguientes atribuciones.

a) Examinar.

i) Los efectos del sistema generalizado de preferencias sobre las exportaciones y los ingresos de exportación, la industrialización y las tasas de crecimiento económico de los países beneficiarios, incluidos los países de menor desarrollo relativo, y, al proceder a ese examen, estudiar, entre otras cosas, las cuestiones relacionadas con las listas de productos comprendidos, las listas de excepciones, la cuantía de las reducciones, el funcionamiento de los mecanismos de salvaguardia (incluso los límites máximos y las cláusulas liberatorias) y las normas de origen;

IX.—ESTATUTO JURÍDICO

1. La Comisión Especial reconoce que ningun país se propone invocar sus derechos al trato de nación mas favorecida con miras a obtener, en su totalidad o en parte, el trato preferencial otorgado a los países en desarrollo conforme a la resolución 21 (II) de la Conferencia, y que las Partes Contratantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio se proponen obtener lo antes posible la exención o las exenciones necesarias.

2. La Comisión Especial toma nota de la declaración hecha por los países que conceden preferencias en el sentido de que el estatuto jurídico de las preferencias arancelarias que cada uno de ellos otorga individualmente a los paises beneficiarios responderá a las siguientes consideraciones

a) Las preferencias arancelarias serán de caracter temporal;

b) Su concesión no constituira un compromiso obligatorio y, en especial, no impedirá en modo alguno

i) Retirarlas posteriormente en su totalidad o en parte, ni

ii) Reducir posteriormente los aranceles conseguidos sobre la base del trato de nacion mas favorecida, sea unilateralmente o como resultado de negociaciones arancelarias internacionales;

c) Su concesión estara subordinada a la obtención de la exención o las exenciones necesarias en relacion con las obligaciones internacionales existentes, en particular en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

6) La Asamblea General tomó nota del acuerdo unánime alcanzado en el seno de la Comisión Especial de Preferencias incluyendo el siguiente pasaje en la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, aprobada en virtud de su resolución 2626 (XXV):

32) En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo se han preparado, y se han considerado mutuamente aceptables para los paises desarrollados y en desarrollo, arreglos sobre la concesion de un trato preferencial generalizado, sin discriminación ni reciprocidad, a las exportaciones de los países en desarrollo en los mercados de los paises desarrollados. Los países que conceden las preferencias están decididos a obtener lo más rápidamente posible la necesaria sanción, legislativa o de otra índole, con objeto de aplicar los arreglos preferenciales lo antes posible en 1971. Se proseguirán en un contexto dinámico los esfuerzos por seguir mejorando esos arreglos preferenciales a la luz de los objetivos de la resolución 21 (II) de 26 de marzo de 1968, aprobada por la Conferencia en su segundo período de sesiones.

Evolución de la situación en el GATT

7) En el segundo informe del Relator Especial figuraba una breve descripción de la parte IV del Acuerdo General que se agregó en 1966 al texto inicial con la intención de satisfacer las necesidades comerciales de los países en desarrollo [688]. No hizo falta mucho tiempo para advertir que las disposiciones de la parte IV eran insuficientes. Sobre la base del acuerdo a que se llegó en el segundo período de sesiones de la UNCTAD y en la Comisión Especial de Preferencias, los gobiernos miembros del GATT han decidido autorizar a los países miembros desarrollados a instituir un trato arancelario preferencial generalizado y no discriminatorio para los productos procedentes de los países en desarrollo.

La autorización tiene la forma de una exención de conformidad con los términos del artículo XXV del Acuerdo General. El texto completo de la exención es el siguiente:

Las PARTES CONTRATANTES del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio,

Reconociendo que uno de los propósitos principales de las PARTES CONTRATANTES es fomentar el comercio y acrecentar los ingresos de exportación de los países en desarrollo para estimular su progresoeconómico;

[688] Véase *Anuario . 1970*, vol. II, pág. 249, documento A/CN.4/228 y Add.1, párr. 192.

Reconociendo además que es esencial una acción individual y colectiva para favorecer el desarrollo de las economías de los citados países;

Recordando que en el segundo período de sesiones de la UNCTAD se llegó a un acuerdo unánime en favor del pronto establecimiento de un sistema generalizado de preferencias, sin reciprocidad ni discriminación, que sea mutuamente aceptable y redunde en beneficio de los países en desarrollo, con objeto de aumentar los ingresos de exportación, favorecer la industrialización y acelerar el ritmo de crecimiento económico de esos países;

Considerando que han sido elaboradas en la UNCTAD disposiciones mutuamente aceptables sobre el establecimiento de un trato arancelario preferencial generalizado, sin discriminación ni reciprocidad, en los mercados de los países desarrollados, para los productos originarios de países en desarrollo;

Tomando nota de la declaración de las partes contratantes desarrolladas de que la concesión de preferencias arancelarias no constituirá un compromiso obligatorio y que esas preferencias serán de carácter temporal;

Reconociendo plenamente que las disposiciones preferenciales previstas no constituyen un impedimento para la reducción de los derechos de aduana con arreglo al principio de la nación más favorecida;

Deciden:

a) Que sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo del Acuerdo General, se eximirá a las partes contratantes desarrolladas del cumplimiento de las disposiciones del artículo primero por un período de diez años y en la medida que sea necesaria para que puedan conceder, con sujeción al procedimiento fijado a continuación, un trato arancelario preferencial a los productos originarios de países y territorios en desarrollo, a fin de dar a estos países y territorios en general el trato arancelario preferencial mencionado en el Preámbulo de la presente Decisión, sin extenderlo a los productos similares de otras partes contratantes,

Quedando entendido que esas disposiciones arancelarias preferenciales tendrán por objeto facilitar el comercio procedente de países y territorios en desarrollo y no oponer obstáculos al comercio de otras partes contratantes;

b) Que, evitando una duplicación de la labor de otros organismos internacionales, someterán a un examen regular la aplicación de la presente Decisión, antes de cuya expiración decidirán, teniendo en cuenta las consideraciones indicadas en el Preámbulo, si procede renovarla y, en caso afirmativo, en qué condiciones;

c) Que cualquier parte contratante que establezca disposiciones arancelarias preferenciales al amparo de la presente Decisión, o que las modifique posteriormente, habrá de notificarlo a las PARTES CONTRATANTES y les facilitará todas las informaciones oportunas sobre las medidas adoptadas de conformidad con la presente Decisión;

d) Que dicha parte contratante deberá prestarse a la celebración de consultas a petición de cualquier otra parte contratante que considere que una ventaja resultante para ella del Acuerdo General puede ser o es menoscabada indebidamente como consecuencia de las citadas disposiciones preferenciales;

e) Que cualquier parte contratante que considere que dichas disposiciones o la extensión ulterior de su alcance no son compatibles con la presente Decisión o que una ventaja resultante para ella del Acuerdo General puede ser o es indebidamente menoscabada como consecuencia de aquéllas o de la extensión ulterior de su alcance y que las consultas no han sido satisfactorias, podrá someter la cuestión a las PARTES CONTRATANTES, quienes la examinarán con prontitud y formularán las recomendaciones que juzguen convenientes [689].

[689] GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos, Decimoctavo Suplemento* (N.º de venta: GATT/1972-1), págs. 26 y 27.

Funcionamiento del sistema generalizado de preferencias

8) La Unión Soviética fue el primer país que introdujo, ya en 1965, un sistema unilateral de franquicia para las importaciones procedentes de los países en desarrollo. Este trato de exención de derechos se aplica a todos los productos. No se señalan condiciones respecto de la duración ni de la reimposición de los derechos. Como explicó el representante de la Unión Soviética en la Comisión Especial de Preferencias, la URSS, además de otorgar preferencias arancelarias, las complementaría con otras medidas encaminadas a aumentar sus importaciones procedentes de países en desarrollo sobre las bases señaladas en la Declaración conjunta de los países socialistas de Europa oriental [690].

9) Australia siguió este ejemplo en 1966, con un sistema unilateral más limitado, y Hungría anunció su propio sistema en 1968. En éste —tal como fue ampliado y mejorado en 1971 y 1974— la lista elaborada por Hungría para el trato preferencial abarca una gran variedad de productos, tanto agrícolas como industriales; se basa en solicitudes de países en desarrollo e incluye artículos cuya exportación interesa especialmente a los países en desarrollo menos adelantados; el grado de la reducción arancelaria es fijado por decreto; las tasas de los aranceles preferenciales son un 50 a un 90% inferiores a las tasas arancelarias de la nación más favorecida, y se otroga exención total de derechos a más de 100 productos; los países beneficiarios son los países en desarrollo de Asia, Africa y América Latina cuyo ingreso nacional por habitante sea inferior al de Hungría, que no discriminen contra Hungría, que mantengan relaciones comerciales normales con Hungría y puedan dar pruebas fidedignas del origen de los productos admitidos al trato aracelario preferencial. Se estimará que un producto procede de un país beneficiario si ha sido producido en ese país o si el 50% de su valor le ha sido agregado en ese país; existe un mecanismo de salvaguardia que consiste en la posibilidad de que los Ministros de Comercio Exterior y de Hacienda, en colaboración con el Presidente de la Junta Nacional de Productos y Precios, puedan aumentar, reducir o supender la aplicación de las tasas arancelarias señaladas en las columnas I, II y III (las columnas I y II del arancel aduanero corresponden a las tasas arancelarias «preferenciales» y «de la nación más favorecida», respectivamente; las tasas de la columna III se aplican a los productos procedentes de aquellos países a los que no se da trato preferencial ni de nación más favorecida). Esta reglamentación detallada entró en vigor el 1.º de enero de 1971. En 1974, el número de países beneficiarios fue aumentado, la serie de productos que comprende el sistema también fue ampliada y se redujeron algunas tasas arancelarias [691]. El sistema húngaro sólo prevé preferencias de carácter provisional para aquellos países que al 1.º de enero de 1972 otorguen preferencias es-

[690] *Documentos Oficiales de la Junta de Comercio y Desarrollo, décimo período de sesiones, Suplemento N.º 6A* (TD/B/329/Rev.1), segunda parte, párr. 192. Véase R. Krishnamurti, «The Agreement on Preferences, A Generalized System in Favour of Developing Countries», en *Journal of World Trade Law*, Twickenham, vol. 5, N.º 1 (enero-febrero 1971), págs. 56 y 57.

[691] Véase GATT, documentos L/3301 y L/4106.

peciales (inversas) a algunos países desarrollados. Se presume que estas preferencias inversas habrán sido eliminadas el 31 de diciembre de 1975 [692].

10) La CEE anunció también un esquema de preferencias generalizadas en 1971 que permitiría la entrada libre de derechos de productos manufacturados y semimanufacturados de algunos países en desarrollo. Se establecen límites cuantitativos estrictos para los productos que pueden importarse de esta manera y se da un trato menos generoso a algunos artículos sensibles, como los productos textiles y el calzado. El sistema generalizado de preferencias de los Estados Unidos de América figura en el título V de su Ley sobre el comercio *(Trade Act)* [693]. El artículo 501 de esta Ley autoriza al Presidente a otorgar preferencias. El artículo 502 define el concepto de «país en desarrollo beneficiario» y excluye de ese concepto —con algunas excepciones— a los «países comunistas» y a otros. El artículo 503 señala los artículos que pueden recibir un trato preferencial y excluye algunos de los artículos de importación sensibles. El artículo 504 contiene limitaciones al trato preferencial. El artículo 505 fija un plazo de 10 años para el trato de franquicia con arreglo a ese título y prevé una revisión general del funcionamiento de todo el sistema de preferencias al cabo de cinco años.

11) Tal vez sea prematuro evaluar los resultados, el éxito o el fracaso, del sistema generalizado de preferencias. Ya se han oído algunas quejas. Según el noveno informe anual de la Junta de Comercio y Desarrollo, durante su quinto período extraordinario de sesiones, celebrado en abril y mayo de 1973,

> Los representantes de [...] países en desarrollo manifestaron que, aunque se habían realizado algunos adelantos en la aplicación del sistema generalizado de preferencias, el sistema en sí mismo no era, ni mucho menos, adecuado en sus objetivos, y que hasta ahora su funcionamiento había sido decepcionante [...]. Señalaron que los beneficios verdaderos del sistema seguían siendo escasos, ya que los esquemas que se estaban aplicando abarcaban un limitado número de productos [...] debido [...] a las limitaciones impuestas a las importaciones preferenciales por medio de límites máximos y a la aplicación de barreras no arancelarias a productos incluidos en el sistema.
>
> Los representantes de varios países en desarrollo, incluidos los menos adelantados, opinaron que el sistema generalizado de preferencias era de poco o de ningún provecho, puesto que sus países no producían ni manufacturas ni semimanufacturas, sino que solamente suministraban materias primas y productos agrícolas semielaborados que no estaban incluidos en el sistema generalizado de preferencias. Señalaron además que las cláusulas de salvaguardia actualmente incorporadas en los esquemas dejaban mucha libertad para limitar el campo de las preferencias y las hacían desiguales, al mismo tiempo que creaban una considerable incertidumbre [694].

12) La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, incorporada en la resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, contiene también disposiciones que son pertinentes para los problemas que se examinan. Así, los artículos 18 y 26 dicen, en lo que se refiere al sistema generalizado de preferencias:

Artículo 18

> Los países desarrollados deben aplicar, mejorar y ampliar el sistema de preferencias arancelarias generalizadas, no recíprocas y no discriminatorias, a los países en desarrollo de conformidad con las conclusiones convenidas pertinentes y decisiones pertinentes aprobadas al respecto dentro del marco de las organizaciones internacionales competentes. Asimismo, los países desarrollados deben estudiar seriamente la posibilidad de adoptar otras medidas diferenciales, en las esferas en que ello sea factible y apropiado y de manera que se dé a los países en desarrollo un trato especial y más favorable a fin de satisfacer sus necesidades en materia de comercio y desarrollo. En sus relaciones económicas internacionales los países desarrollados tratarán de evitar toda medida que tenga un efecto negativo sobre el desarrollo de las economías nacionales de los países en desarrollo y que haya sido promovido por las preferencias arancelarias generalizadas y por otras medidas diferenciales generalmente convenidas en su favor.

Artículo 26

> Todos los Estados tienen el deber de coexistir en la tolerancia y de convivir en paz, independientemente de las diferencias de sus sistema políticos, económicos, sociales y culturales, y de facilitar el comercio entre países con sistemas económicos y sociales diferentes. El comercio internacional debe conducirse sin perjuicio de preferencias generalizadas, no recíprocas y no discriminatorias en favor de los países en desarrollo, sobre la base de la ventaja mutua, los beneficios equitativos y el intercambio del tratamiento de nación más favorecida.

Al igual que en el párrafo 1 del artículo 12 y el artículo 21, sobre las agrupaciones regionales:

Artículo 12

> 1. Los Estados tienen el derecho de participar con el asentimiento de las partes involucradas en la cooperación subregional, regional e interregional en su empeño de lograr su desarrollo económico y social. Todos los Estados participantes en esa cooperación tienen el deber de velar por que las políticas de las agrupaciones a las que pertenecen correspondan a las disposiciones de esta Carta y tengan en cuenta el mundo exterior, sean compatibles con sus obligaciones internacionales y con las necesidades de la cooperación económica internacional y tengan plenamente en cuenta los legítimos intereses de terceros países, especialmente de los países en desarrollo.

Artículo 21

> Los países en desarrollo deberán esforzarse en promover la expansión de su comercio mutuo y, con tal fin, podrán, de modo compatible con las disposiciones actuales y futuras y los procedimientos establecidos en acuerdos internacionales, cuando sean aplicables, conceder preferencias comerciales a otros países en desarrollo sin estar obligados a otorgar tales preferencias a los países desarrollados siempre que esos arreglos no constituyan un impedimento a la liberalización y expansión del comercio global.

13) Parece haber acuerdo general en principio, expresado en el seno de los órganos de las Naciones Unidas, en que los Estados deben adoptar un sistema generalizado de preferencias cuyas características se exponen más arriba. También parece existir un acuerdo general en que los Estados se abstengan de invocar sus derechos al trato de la nación más favorecida a fin de obtener total o parcialmente el trato preferencial otorgado a los países en desarrollo por los países desarrollados [695]. En conse-

[692] GATT, documento L/4106.

[693] Public Law 93-618, de 3 de enero de 1975. Para el texto, véase *U.S. Code Congressional and Administrative News*, Wáshington (D.C.), N.º 13, 30 de enero de 1975, pág. 6956.

[694] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo octavo período de sesiones, Suplemento N.º 15* (A/9015/Rev.1), primera parte, cap. I, párrs. 89 y 90.

[695] Véase párr. 5 *supra*, pasajes de las «conclusiones convenidas» de la Comisión Especial de Preferencias, secc. IX, «Estatuto Jurídico».

cuencia, las partes contratantes del GATT, con arreglo a las condiciones expuestas más arriba [696], han renunciado a sus derechos al trato de la nación más favorecida conforme al artículo 1 del Acuerdo General.

14) Basándose en las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, la Comisión aprobó el artículo 21, que dispone que un Estado beneficiario no tiene derecho en virtud de una cláusula de la nación más favorecida al trato concedido por un Estado concedente desarrollado a un tercer Estado en desarrollo, sobre una base no recíproca, dentro del marco de un sistema generalizado de preferencias establecido por ese Estado concedente.

15) Sin embargo, algunos miembros de la Comisión expresaron dudas en cuanto al valor intrínseco de una disposición de esa índole. A su juicio, era evidente que el sistema generalizado de preferencias aprobado por la Comisión Especial de Preferencias constituía una medida temporal. Los países que establecían su propio sistema de preferencias podían retirar libremente sus concesiones en todo o en parte y los sistemas estaban sujetos a las excepciones que eran indispensables para tener en cuenta las obligaciones internacionales que esos países tenían contraídas. No se trataba, claro está, de un defecto de la regla propuesta, sino del sistema generalizado de preferencias que había sido adoptado como fórmula de transacción entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Los sistemas de preferencias generalizadas de los distintos países eran, en realidad, discriminatorios y la idea inicial de las preferencias no discriminatorias no había llegado a plasmarse. La continuación de este sistema no estaba asegurada para el porvenir y por ello cabía preguntarse si era acertado incluir una regla de carácter tan efímero en artículos destinados a codificar cierto sector del derecho para un período más largo. Se preguntó si no sería preferible aprobar un artículo general orientado en el sentido de la propuesta mencionada:

Ninguna de las disposiciones de los presentes artículos se entenderá en perjuicio:

1) de los regímenes especiales que sean aplicables en las relaciones entre países en desarrollo y en las relaciones entre países en desarrollo y países desarrollados [...] [697].

16) Se expresó también la opinión de que el artículo 21 era de efectos limitados. Las cláusulas de la nación más favorecida tenían importantes repercusiones que no siempre eran aparentes. Lo que se necesitaba eran disposiciones que ayudaran a los países en desarrollo a evitar cualquier efecto desfavorable que pudiera derivarse de la aplicación mecánica de los artículos tal como estaban redactados. Podría ser de utilidad en este sentido introducir disposiciones que incluyeran la aplicación de los artículos respecto de determinados tratados celebrados con países en desarrollo, tales como las previstas en la propuesta del párrafo precedente, o, al menos, que reafirmaran expresamente el derecho de un Estado a hacer excepciones concretas al concertar una cláusula.

17) Habida cuenta de las observaciones mencionadas en los párrafos que anteceden y del carácter específico de la disposición de que se trataba, la Comisión acordó volver a examinar el artículo 21, en el curso del siguiente período de sesiones, en el contexto de su ulterior estudio acerca de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los países en desarrollo.

[696] Véase párr. 7 *supra*.

[697] Véase *supra* art. 15, párr. 70 del comentario.

Capítulo V

CUESTIÓN DE LOS TRATADOS CELEBRADOS ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE DOS O MÁS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

A.—Introducción

120. Las circunstancias en que la Comisión de Derecho Internacional emprendió el examen de los tratados en los que es parte una organización internacional han sido expuestas en sus aspectos históricos en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 26.º período de sesiones [698], donde se han descrito asimismo en líneas generales los métodos que iba a seguir. Con posterioridad, la Asamblea General, en el apartado *d* del párrafo 4 de la sección I de su resolución 3315 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, recomendó a la Comisión de Derecho Internacional que

Continúe la preparación del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

121. La Comisión había dejado formulados en el curso de su precedente período de sesiones, celebrado en 1974, cierto número de disposiciones [699] que correspondían, por lo menos en parte, a los artículos 1 a 6 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados [700]. En el curso del actual período de sesiones, la Comisión examinó, entre su 1344.ª sesión y 1350.ª sesión, los textos de los apartados *b*, *c* y *g* del párrafo 1 del artículo 2, así como los artículos 7 a 23 presentados por el Relator Especial en su cuarto informe (A/CN.4/285 [701]). La Comisión remitió todos estos textos al Comité de Redacción. En su 1353.ª sesión, aprobó en primera lectura, a base del informe del Comité de Redacción, los textos de los apartados *b*, *b bis*, *b ter*,

[698] *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 295, documento A/9610/Rev.1, cap. IV.

[699] Artículos 1 a 4 y 6. El texto de los artículos y los comentarios relativos a los mismos figura en *ibid.*, págs. 299 y ss., documento A/9610/Rev.1, cap. IV, secc. B.

[700] Para el texto de la Convención, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311. En adelante se designará como «Convención de Viena».

[701] Véase *supra*, pág. 27.

c, *c bis* y *g* del párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 7 a 18, cuyo objeto corresponde a los artículos de la Convención de Viena que llevan idéntica numeración y que se refieren a la *celebración de los tratados*. Por falta de tiempo, la Comisión no pudo adoptar disposiciones sobre los artículos 19 a 23, pero procedió a un amplio intercambio de puntos de vista sobre las cuestiones examinadas en esos artículos, a saber, las de las reservas, y pudo así señalar ciertas orientaciones que permitirán al Relator Especial efectuar nuevas propuestas y que acelerarán en estas materias los trabajos de su próximo período de sesiones.

122. El texto de todos los artículos del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales aprobados hasta la fecha por la Comisión, así como el texto de los apartados *b*, *b bis*, *b ter*, *c*, *c bis* y *g* del párrafo 1 del artículo 2 y el de los artículos 7 a 18, y los comentarios aprobados durante el actual período de sesiones, se reproducen más adelante para conocimiento de la Asamblea General [702].

123 En los nuevos proyectos de artículos que presenta hoy, la Comisión ha tratado de conservar un equilibrio entre realidades y tendencias cuyas exigencias son a veces encontradas.

124. El tratado se basa por esencia en la igualdad de las partes contratantes y esta observación fundamental llevaría a asimilar lo más posible la situación convencional de las organizaciones internacionales a la de los Estados. La Comisión reconoció ampliamente este principio cuando decidió de manera general que, hasta donde fuera posible, los artículos de la Convención de Viena relativos a los tratados entre Estados se seguirían para los tratados celebrados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, e incluso para los tratados celebrados entre varias organizaciones internacionales. La multiplicación de las convenciones en que participan las organizaciones internacionales muestra, por otra parte, la utilidad que el tratado presenta para las organizaciones internacionales tanto como para los Estados.

125. No obstante, incluso limitándola a la esfera del derecho de los tratados, la asimilación de las organizaciones internacionales a los Estados muy pronto resulta inexacta. En efecto, mientras que todos los Estados son iguales ante el derecho internacional, las organizaciones internacionales son el resultado de un acto de voluntad de los Estados, acto que modela su figura jurídica confiriendo a cada una de ellas caracteres individuales muy marcados que limitan su parecido con cualquier otra organización internacional. La organización, que es una estructura compuesta, sigue unida por estrechos vínculos con los Estados que son miembros de ella; cierto es que se «separa» de ellos por el análisis que distingue en ella una personalidad aparte, pero sigue aún unida de manera estrecha a los Estados que la componen. Dotada de una competencia que es siempre más limitada que la de un Estado y que, a menudo, sobre todo en materia de relaciones exteriores, está definida poco claramente, la organización internacional, en lo que se refiere a los tratados en que es parte, obliga a veces a hacer un reajuste de algunas de las normas establecidas para los tratados entre Estados.

126. Cabe preguntarse en primer lugar si no convendría distinguir terminológicamente los actos, los instrumentos o los procedimientos según que se refieran a un Estado o a una organización internacional, incluso cuando no hay entre las dos hipótesis diferencias esenciales. Semejante diferenciación, en efecto, puede parecer más clara; ella recuerda además que la naturaleza de los Estados y la naturaleza de las organizaciones internacionales son fundamentalmente disímiles. Sin embargo, hay que reconocer que la práctica internacional, tanto en lo que se refiere a las organizaciones internacionales como a los Estados, revela una extrema libertad terminológica en materia de celebración de tratados. Esta libertad, y con ella la incertidumbre que de ahí puede nacer, han sido reconocidas por los Estados en la Convención de Viena, particularmente en el artículo 11. Podría desearse para las organizaciones y los Estados cierta uniformidad de terminología, pero la Comisión, después de haber estudiado detenidamente la cuestión, sobre todo en lo que se refiere a la ratificación, ha preferido a veces hacer una distinción entre la terminología aplicable a las organizaciones internacionales y la aplicable a los Estados.

127. Igualmente, en lo que se refiere al ejercicio por las organizaciones internacionales de su competencia en el proceso de celebración de tratados, la Comisión estimó que habría que tener presente que esa competencia, a diferencia de la de los Estados, nunca es ilimitada y que, en lo que se refiere a la competencia de las organizaciones, los términos de la Convención de Viena tenían que ser ajustados de modo que respondieran a ese carácter. Asimismo, otros cambios de terminología tienen por objeto subrayar que, en materia de organizaciones internacionales, la representación de las organizaciones debe efectuarse respetando sus normas constitucionales.

128. Tal es, asimismo, la razón por la cual se enuncia el principio de que los representantes de las organizaciones deben ostentar *poderes*, introduciendo a la vez en esta regla todos los matices exigidos por la práctica.

129. Los problemas más graves con que ha tropezado la Comisión para adaptar les disposiciones de la Convención de Viena al caso de las organizaciones han surgido en relación con la adopción del texto de los tratados y es previsible que, más adelante, vuelva a ocurrir lo mismo en relación con las reservas. La razón es que existe entre los Estados y las organizaciones internacionales una importante diferencia de hecho que debe ser destacada. Si bien los tratados en que son partes organizaciones internacionales se cuentan actualmente por millares, muy pocos de esos tratados están abiertos de una manera bastante general a gran número de participantes.

130. Las organizaciones son a la vez demasiado especializadas y demasiado diferentes unas de otras para

[702] Véase *supra* la sección B. La subsección 1 contiene el texto de todas las disposiciones aprobadas hasta ahora por la Comisión. La subsección 2 contiene el texto de las disposiciones aprobadas en el 27.º período de sesiones, con los comentarios relativos a dichas disposiciones. Para los comentarios relativos a los artículos aprobados en el 26.º período de sesiones, véase la nota 698 *supra*.

que se pueda elaborar un régimen particular destinado a conferencias integradas únicamente por organizaciones internacionales; en los casos excepcionales en que tales conferencias fueran imaginables, la posición de cada organización seguiría siendo demasiado individualizada para someter tales conferencias a las mismas reglas que las conferencias entre Estados. En cambio, si se considera la práctica firmemente arraigada de las conferencias entre Estados convocadas con miras a elaborar tratados multilaterales generales, sería concebible que tales conferencias estuviesen abiertas a determinadas organizaciones internacionales que representan intereses análogos a los que, según el objeto de la conferencia, personifican los Estados. No es difícil dar ejemplos que corresponderían a este supuesto. Por ejemplo, si se reuniera una conferencia internacional sobre la nomenclatura aduanera, se podría invitar a ella a uniones aduaneras cuya competencia se extendiera a las cuestiones de nomenclatura a fin de que participaran en la elaboración y adopción del texto de un tratado y pudieran llegar a ser partes en un tratado relativo a la materia objeto de la conferencia.

131. Pero, como acaba de indicarse, hasta ahora no se ha dado en la práctica internacional virtualmente ningún caso de este género [703] y es bastante dudoso que, en los ejemplos que a veces se mencionan, se haya reconocido a una organización internacional la calidad de parte en el tratado del mismo modo que a los Estados [704].

132. Hay que reconocer que la participación de una organización internacional en una convención multilateral plantea problemas, en particular cuando los Estados miembros de esa organización tienen también la intención de llegar a ser partes en el tratado. En tal caso, en efecto, hay que hacer una clara distinción entre la calidad con que la organización pueda ser parte en el tratado y la calidad con que los Estados tengan la intención de serlo [705]; en otras palabras, es menester que la competencia de la organización y la competencia de los Estados estén netamente separadas y puedan ejercerse de manera independiente. De no ser así, es preciso entonces determinar mediante reglas particulares, necesariamente propias de cada caso, de qué forma la organización y sus miembros ejercen de modo concurrente sus derechos; ésta es la fórmula puesta en práctica respecto de los tratados en los que la Comunidad Económica Europea es parte al mismo tiempo que sus Estados miembros. En este caso se puede decir que el *conjunto* de los derechos y las obligaciones que lleva aparejados la calidad de parte en un tratado corresponde ciertamente a la Comunidad y a sus Estados miembros, pero que tales derechos y obligaciones se hallan repartidos entre la Comunidad y los Estados miembros sin que se pueda pretender que cada Estado miembro y la Comunidad son verdaderamente partes distintas.

133. Pero puede ser que en el porvenir haya tratados multilaterales generales que estén abiertos a organizaciones internacionales, ya sea porque éstas sustituyan a sus miembros, ya sea porque los Estados miembros sean igualmente partes, pero con competencias claramente separadas. Es una hipótesis que la Comisión ha querido admitir como posibilidad dándole la forma de una opción abierta: incumbe a los Estados y a las organizaciones internacionales participantes en una conferencia apreciar en cada caso concreto la posibilidad y oportunidad de ello.

134. Esta hipótesis de un tratado multilateral ampliamente abierto, que reúna un gran número de Estados, es la que motivó que en la Convención de Viena se enunciara en el párrafo 2 del artículo 9, a falta de otra regla adoptada por la misma mayoría, el principio de la adopción del texto de los tratados en las conferencias internacionales por una mayoría de dos tercios, y que se estipulara en sus artículos 19 y 20 un régimen liberal de reservas, que es la contrapartida de ese principio de la mayoría.

135. En materia de acuerdos en los que son partes las organizaciones internacionales, ha habido que tener en cuenta, para las normas que versan sobre la adopción del texto de un tratado, y habrá sin duda que tenerla también en cuenta en materia de reservas, una situación concreta que exige una solución particular. En efecto, por regla general las organizaciones internacionales son entidades individualizadas, marcada cada una por caracteres específicos. Los tratados en que participan se conciertan teniendo en cuenta las organizaciones que están llamadas a ser partes en ellos; en este sentido son, por lo tanto, actos *intuitu personae*. Así, salvo en el caso antes descrito [706], la única regla aplicable a la adopción del texto en el caso de estos tratados es la de la unanimidad del consentimiento de los participantes. Es probable que una regla análoga valga para la autorización de las reservas respecto a las cuales la Comisión sólo ha podido en el curso del actual período de sesiones evocar algunos aspectos generales. Ahora bien, en el caso de un tratado entre Estados y una o varias organizaciones internacionales elaborado en el curso de una conferencia entre Estados en la que participan tal organización o tales organizaciones, parece razonable suponer que, para la adopción del texto del tratado, se aplique la regla del párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de Viena y que baste una mayoría de dos tercios que se calcula a base de la totalidad de los participantes, tanto Estados como organizaciones internacionales. En este mismo caso, quizá resulte posible que la Comisión considere en sus trabajos futuros la posibilidad de prever un sistema de reservas que puede inspirarse en el régimen liberal de los artículos 19 y 20 de la Convención de Viena.

136. Tales son las observaciones generales que versan sobre la totalidad del proyecto de artículos actualmente

[703] Véase *Anuario... 1972*, vol. II, págs. 186, 189, 197, 198, 200 y 206, documento A/CN.4/258, párrs. 3, 12, 42, 48 y 64.

[704] Para la situación de las Naciones Unidas en el seno de la UIT o de la Comunidad Económica Europea en el marco del Cuarto Convenio Internacional del Estaño (1971), véase *Anuario... 1972* vol. II, pág. 209, documento A/CN.4/258, párr. 73, y, en especial, la nota 178.

[705] Sobre la cuestión de la adhesión de las Naciones Unidas a los Convenios de Ginebra de 1949, véase P. de Visscher, «Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies». *Annuaire de l'Institut de droit international, 1971*, Basilea, vol. 54, t. I, pág. 43. Véase asimismo *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 208, documento A/CN.4/258, nota 173 (para las referencias); y *supra*, pág. 27, documento A/CN.4/285, proyecto de artículos, parte II, secc. 2, comentario general, párr. 4.

[706] Párr. 133.

presentado por la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General y sobre los intercambios de puntos de vista a que se ha procedido sobre los artículos 19 a 23. Esas observaciones reflejan el deseo de la Comisión de permanecer fiel al espíritu de la Convención de Viena y sobre todo a su precisión y flexibilidad, teniendo en cuenta al propio tiempo los caracteres particulares de las organizaciones internacionales que participen en los tratados. La Comisión ha tenido en cuenta las condiciones actuales de la comunidad internacional y se ha esforzado por dar a los proyectos de artículos suficiente flexibilidad para hacer frente a evoluciones futuras.

B.—Proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales

137. Los textos de los artículos 1 a 4 y 6 a 18 [707], aprobados por la Comisión en su 26.º y 27.º períodos de sesiones, así como el texto de los artículos 7 a 18 y de los apartados *b*, *b bis*, *b ter*, *c*, *c bis* y *g* del párrafo 1 del artículo 2 y de los comentarios aprobados por la Comisión en su actual período de sesiones, se reproducen a continuación para conocimiento de la Asamblea General.

1. Textos de los artículos 1 a 4 y 6 a 18 aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 26.º y 27.º

Parte I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplican:

***a*) a los tratados celebrados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, y**

***b*) a los tratados celebrados entre organizaciones internacionales.**

Artículo 2.—Términos empleados

1. Para los efectos de los presentes artículos:

***a*) se entiende por «tratado» un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito:**

i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o

ii) entre organizaciones internacionales,

ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

***b*) se entiende por «ratificación» el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;**

***b bis*) se entiende por «acto de confirmación formal» un acto internacional que corresponde al de la ratificación por un Estado y por el cual una organización internacional hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;**

***b ter*) se entiende por «aceptación», «aprobación» y «adhesión», según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado o una organización internacional hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;**

***c*) se entiende por «plenos poderes» un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por tal tratado o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a tal tratado,**

***c bis*) se entiende por «poderes» un documento que emana del órgano competente de una organización internacional y por el que se designa a una o varias personas para representar a la organización en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para comunicar el consentimiento de la organización en obligarse por un tratado o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;**

***d*) se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar un tratado o al manifestar [en la forma que se hubiere convenido] su consentimiento en obligarse por un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización internacional;**

***e*) se entiende por «Estado negociador» y por «organización negociadora» respectivamente:**

i) un Estado,

ii) una organización internacional,

que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado;

***f*) se entiende por «Estado contratante» y por «organización contratante» respectivamente:**

i) un Estado,

ii) una organización internacional,

que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;

***g*) se entiende por «parte» un Estado o una organización internacional que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto a los cuales el tratado está en vigor;**

...

***i*) se entiende por «organización internacional» una organización intergubernamental;**

2. Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en los presentes artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado o en las normas de una organización internacional.

Artículo 3.—Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de los presentes artículos

El hecho de que los presentes artículos no se apliquen:

i) ni a los acuerdos internacionales en los que fueren [partes] una o varias organizaciones internacionales y una o varias entidades que no sean Estados ni organizaciones internacionales,

ii) ni a los acuerdos internacionales en los que fueren [partes] uno o varios Estados, una o varias organizaciones internacionales y una o varias entidades que no sean Estados ni organizaciones internacionales,

iii) ni a los acuerdos internacionales no escritos celebrados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales,

no afectará:

***a*) al valor jurídico de tales acuerdos;**

***b*) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en los presentes artículos a que estuvieran sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de estos artículos;**

***c*) a la aplicación de estos artículos a las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales o a las relaciones entre organizaciones internacionales, cuando estas relaciones se rijan por acuerdos internacionales en los que fueren asimismo [partes] otras entidades.**

[707] No hay en el proyecto disposiciones que correspondan al artículo 5 de la Convención de Viena.

Artículo 4.—Irretroactividad de los presentes artículos

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en los presentes artículos a las que los tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de los presentes artículos, éstos sólo se aplicarán a tales tratados después de la [entrada en vigor] de los presentes artículos con respecto a esos Estados y a esas organizaciones.

PARTE II

CELEBRACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS

SECCIÓN I.—CELEBRACIÓN DE LOS TRATADOS

Artículo 6.—Capacidad de las organizaciones internacionales para celebrar tratados

La capacidad de una organización internacional para celebrar tratados se rige por las normas pertinentes de esa organización.

Artículo 7.—Plenos poderes y poderes

1. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por tal tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

a) si presenta los adecuados plenos poderes; o

b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que se considera a esa persona representante del Estado para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

a) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales;

b) los jefes delegaciones de Estados en una conferencia internacional, para la adopción del texto de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales;

c) los jefes de delegaciones de Estados ante un órgano de una organización internacional, para la adopción del texto de un tratado entre uno o varios Estados y esa organización;

d) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la adopción del texto de un tratado entre uno o varios Estados y esa organización;

e) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la firma o la firma *ad referendum* de un tratado entre uno o varios Estados y esa organización, si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que se considera a esos jefes de misiones permanentes representantes de su Estado para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

3. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, se considerará que una persona representa a una organización internacional:

a) si presenta los adecuados poderes; o

b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que se considera a esa persona representante de la organización para esos efectos sin la presentación de poderes.

4. Para comunicar el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a esa organización:

a) si presenta los adecuados poderes; o

b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que se considera a esa persona representante de la organización a tal efecto sin la presentación de poderes.

Artículo 8.—Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización

Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado o a una organización internacional, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado o esa organización.

Artículo 9.—Adopción del texto

1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los participantes en su elaboración, salvo en los casos previstos en el párrafo 2.

2. La adopción del texto de un tratado entre Estados y una o varias organizaciones internacionales en una conferencia internacional en la que participen una o varias organizaciones internacionales se efectuará por mayoría de dos tercios de los participantes presentes y votantes, a menos que éstos decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.

Artículo 10.—Autenticación del texto

1. El texto de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales quedará establecido como auténtico y definitivo:

a) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados y las organizaciones internacionales que hayan participado en su elaboración; o

b) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados y de esas organizaciones internacionales en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.

2. El texto de un tratado entre organizaciones internacionales quedará establecido como auténtico y definitivo:

a) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan las organizaciones internacionales que hayan participado en su elaboración; o

b) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esas organizaciones internacionales en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.

Artículo 11.—Formas de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales se manifestará mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

2. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se hará constar mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, un acto de confirmación formal, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

Artículo 12.—La firma como forma de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales se manifestará mediante la firma del representante de ese Estado:

a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;

b) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que la firma tenga ese efecto; o

c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

2. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se hará constar mediante la firma del representante de esa organización:

a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto; o

b) cuando la intención de la organización de dar ese efecto a la firma se desprenda de los poderes de su representante o se haya hecho constar durante la negociación.

3. Para los efectos de los párrafos 1 y 2:

a) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma cuando conste que los participantes en la negociación así lo han convenido;

b) la firma *ad referendum* por el representante de un Estado o de una organización internacional equivaldrá a la firma definitiva si la confirma ese Estado o esa organización.

Artículo 13.—El canje de instrumentos que constituyen un tratado como forma de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado

1. El consentimiento de los Estados y de las organizaciones internacionales en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales constituido por los instrumentos canjeados entre ellos se hará constar mediante este canje:

a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o

b) cuando esos Estados y esas organizaciones hayan convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

2. El consentimiento de las organizaciones internacionales en obligarse por un tratado entre organizaciones internacionales constituido por los instrumentos canjeados entre ellas se hará constar mediante este canje:

a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o

b) cuando esas organizaciones hayan convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

Artículo 14.—La ratificación, un acto de confirmación formal, la aceptación o la aprobación como forma de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales se manifestará mediante la ratificación:

a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;

b) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que se exija la ratificación;

c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o

d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

2. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se hará constar mediante un acto de confirmación formal:

a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe hacerse constar mediante un acto de confirmación formal;

b) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que se exija un acto de confirmación formal;

c) cuando el representante de la organización haya firmado el tratado a reserva de un acto de confirmación formal; o

d) cuando la intención de la organización de firmar el tratado a reserva de un acto de confirmación formal se desprenda de los poderes de su representante o se haya hecho constar durante la negociación.

3. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales y el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se harán constar mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación o para un acto de confirmación formal.

Artículo 15.—La adhesión como forma de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales se manifestará mediante la adhesión:

a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;

b) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o

c) cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.

2. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se hará constar mediante la adhesión:

a) cuando el tratado disponga que esa organización puede hacer constar tal consentimiento mediante la adhesión;

b) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que esa organización puede dar tal consentimiento mediante la adhesión;

c) cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que esa organización puede dar tal consentimiento mediante la adhesión.

Artículo 16.—Canje, depósito o notificación de los instrumentos de ratificación, confirmación formal, aceptación, aprobación o adhesión

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de ratificación, confirmación formal, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales al efectuarse:

a) su canje entre los Estados y las organizaciones internacionales contratantes:

b) su depósito en poder del depositario; o

c) su notificación a los Estados y a las organizaciones internacionales contratantes o al depositario, si así se ha convenido.

2. Salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de confirmación formal, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado entre organizaciones internacionales al efectuarse:

a) su canje entre las organizaciones internacionales contrantes;

b) su depósito en poder del depositario; o

c) su notificación a las organizaciones internacionales contratantes o al depositario, si así se ha convenido.

Artículo 17.—Consentimiento en obligarse respecto de parte de un tratado y opción entre disposiciones diferentes

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos [19 a 23], el consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse respecto de parte de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales sólo surtirá efecto si el tratado lo permite o los demás Estados y organizaciones internacionales contratantes convienen en ello.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos [19 a 23], el consentimiento de una organización internacional en obligarse respecto de parte de un tratado entre organizaciones internacionales sólo surtirá efecto si el tratado lo permite o las demás organizaciones internacionales contratantes convienen en ello.

3. El consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales que permita una opción entre disposiciones diferentes sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento.

4. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado entre organizaciones internacionales que permita una opción entre disposiciones diferentes sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento.

Artículo 18.—Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor

1. Un Estado o una organización internacional deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales:

***a*) si ese Estado o esa organización han firmado el tratado o han canjeado los instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, de un acto de confirmación formal, de aceptación o de aprobación, mientras ese Estado o esa organización no hayan manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o**

***b*) si ese Estado o esa organización han hecho constar su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.**

2. Una organización internacional deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado entre organizaciones internacionales:

***a*) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de un acto de confirmación formal, de aceptación o de aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o**

***b*) si ha hecho constar su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.**

2. TEXTO DE LOS ARTÍCULOS 7 A 18 Y DE LOS APARTADOS *b*, *b bis*, *b ter*, *c*, *c bis* Y *g* DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 Y COMENTARIOS A LOS MISMOS APROBADOS POR LA COMISIÓN EN SU 27.º PERÍODO DE SESIONES

Artículo 7.—Plenos poderes y poderes [708]

1. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por tal tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

a) si presenta los adecuados plenos poderes; o

b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que se considera a esa persona representante del Estado para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

a) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales;

b) los jefes de delegaciones de Estados en una conferencia internacional, para la adopción del texto de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales;

c) los jefes de delegaciones de Estados ante un órgano de una organización internacional, para la adopción del texto de un tratado entre uno o varios Estados y esa organización;

d) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la adopción del texto de un tratado entre uno o varios Estados y esa organización;

e) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la firma o la firma *ad referendum* de un tratado entre uno o varios Estados y esa organización, si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que se considera a esos jefes de misiones permanentes representantes de su Estado para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

3. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, se considerará que una persona representa a una organización internacional:

a) si presenta los adecuados poderes; o

b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que se considera a esa persona representante de la organización para esos efectos sin la presentación de poderes.

4. Para comunicar el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a esa organización:

a) si presenta los adecuados poderes; o

b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que se considera a esa persona representante de la organización a tal efecto sin la presentación de poderes.

Comentario

1) Este proyecto de artículo trata en los dos primeros párrafos de los representantes de los Estados y en los dos últimos de los representantes de las organizaciones internacionales. En el primer caso se refiere únicamente a los tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; en el segundo caso se refiere a los tratados en el sentido del apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 2, es decir, a la vez a los tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales y a los tratados entre varias organizaciones internacionales.

[708] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 7. — Plenos poderes*

»1. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

»*a*) si presenta los adecuados plenos poderes; o

»*b*) si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

»2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

»*a*) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;

»*b*) los jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;

»*c*) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.»

2) Para los representantes de los Estados, se ha seguido en sus líneas generales el artículo 7 de la Convención de Viena: en principio, estos representantes deben presentar «plenos poderes» adecuados para la adopción y la autenticación del texto de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por ese tratado. No obstante, esta regla tiene excepciones. En primer lugar, como en la Convención de Viena, la práctica u otras circunstancias pueden hacer que se considere a una persona representante de un Estado aunque no haya presentado plenos poderes.

3) En segundo lugar, como en la Convención de Viena, se considera que ciertas personas, *en virtud de sus funciones*, representan a un Estado. La lista de esas personas que da la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ha tenido que modificarse parcialmente. En el caso de los jefes de Estado y ministros de relaciones exteriores (párrafo 2, apartado *a*) no hay ningún cambio. Pero, respecto de los demás representantes, se han introducido ciertas modificaciones. En primer término, debía suprimirse por no tener objeto en el presente proyecto de artículos el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena relativo a «los jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados». Por otra parte, fue necesario tener en cuenta no sólo ciertos progresos efectuados, respecto de la Convención de Viena, por la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 14 de marzo de 1975 [709], sino también las limitaciones que, por sus propias funciones, tienen ciertos representantes de los Estados.

4) De este modo, se ha tratado en el *apartado* b *del párrafo 2* del presente proyecto de artículo, de una manera simétrica a la del apartado *c* del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena, el caso de las conferencias internacionales, sustituyendo, no obstante, la expresión «los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional» utilizada en la Convención de Viena, por la expresión, más precisa, de «los jefes de delegaciones de Estados en una conferencia internacional», que se inspira en la Convención sobre la representación de los Estados (artículo 44).

5) Se ha tratado en el *apartado* c *del párrafo 2* el caso de los jefes de delegaciones de Estados ante un órgano de una organización internacional, limitando exclusivamente su competencia para adoptar el texto de un tratado sin presentar plenos poderes al caso de un tratado entre uno o varios Estados y la *organización de la que depende el órgano* ante el que están delegados. En efecto, las funciones de esos jefes de delegaciones no rebasan el marco de tal organización.

6) Por último, en lo que respecta a las misiones ante organizaciones internacionales, no sólo se ha abandonado la terminología de la Convención de Viena («los representantes acreditados por los Estados [...] ante una organización internacional») por la de la Convención sobre la representación de los Estados «el jefe de misión», sino que los *apartados* d *y* e *del párrafo 2* del presente proyecto de artículos se han inspirado en los párrafos 1 y 2 del artículo 12 de esta última Convención, que constituyen la más reciente expresión de la regla en esta materia elaborada por representantes de Estados. Los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional son competentes por derecho propio, en virtud de sus funciones, para *la adopción* del texto de un tratado entre uno o varios Estados y la organización. Pueden igualmente ser competentes, pero sólo en virtud de la práctica o de otras circunstancias, para la *firma* o para la firma *ad referendum* del texto de un tratado entre uno o varios Estados y esa organización.

7) La cuestión de los representantes de las organizaciones internacionales plantea cuestiones nuevas, y en primer lugar una cuestión de principio. ¿Es normal formular la regla de que el representante de una organización está obligado, al igual que el de los Estados, a acreditar mediante un documento adecuado que tiene competencia para representar a una organización determinada a los efectos de realizar ciertos actos relativos a la celebración de un tratado (adopción y autenticación del texto, consentimiento en obligarse por un tratado, etc.)? La Comisión ha respondido afirmativamente a esta cuestión, pues no hay razón alguna, antes el contrario, para no someter a las organizaciones internacionales a un principio que ya está firme y universalmente establecido para el caso de los tratados entre Estados. Es cierto que en la práctica de las organizaciones internacionales no se utilizan habitualmente para estos efectos documentos formales. Los tratados actualmente celebrados por las organizaciones internacionales son tratados bilaterales o restringidos a un número muy reducido de partes; esos tratados van precedidos de canjes de correspondencia que determinan generalmente sin dejar lugar a dudas la identidad de las personas físicas llamadas a efectuar, en nombre de la organización, determinados actos relativos al procedimiento de «celebración» (en sentido amplio) de un tratado. En otros casos, existe en las organizaciones un jefe jerárquico supremo de los funcionarios de la organización («el más alto funcionario de la organización», en el sentido del párrafo 3 del artículo 85 de la Convención sobre la representación de los Estados) al que se considera en general, en la práctica, con sus adjuntos inmediatos, como el representante de la organización sin más documentación acreditativa.

8) Pero no por lo dicho hay que perder de vista que, en cuanto las organizaciones presenten una estructura institucional más compleja, como en la Comunidad Económica Europea, es necesario utilizar documentos formales para esos efectos. Por otra parte, en el presente proyecto de artículos se prevé la posibilidad, si los Estados consienten en ello, de que las organizaciones internacionales participen en tratados elaborados en una conferencia internacional que comprenda principalmente

[709] Para el texto de la Convención, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales*, vol. II, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.V.12), documento A/CONF.67/16. La Convención se llamará en adelante «Convención sobre la representación de los Estados».

a Estados (artículo 9), y parece perfectamente normal que en tal caso las organizaciones estén sometidas a las mismas reglas que los Estados. De todos modos, es necesario que se dé la mayor flexibilidad posible a la obligación de principio impuesta a las organizaciones internacionales y que se permita una práctica aceptada por todos los interesados de recurrir a todos los ajustes que sean oportunos; esto es lo que se ha hecho en los *apartados* b *del párrafo 3 y* b *del párrafo 4*, en términos que trasponen al caso de los representantes de las organizaciones internacionales la regla admitida para los representantes de los Estados. Por el contrario, no le ha parecido posible a la Comisión establecer una lista de casos en que una persona esté dispensada por *razones de sus funciones* en el seno de una organización internacional de aportar la prueba documental de su competencia para representar a una organización en un acto relativo a la celebración (en sentido lato) de un tratado. En efecto, so pena de complicaciones inextricables, el presente proyecto de artículos, a diferencia de la Convención sobre la representación de los Estados, tiene que aplicarse a *todas las organizaciones*; y las organizaciones internacionales, tomadas en su conjunto, presentan tales diferencias de estructura que no pueden formularse respecto de ellas reglas generales.

9) Este punto de vista puede reforzarse todavía más con otras consideraciones que entrañan consecuencias de más alcance. Ninguna organización posee, en materia de celebración de tratados internacionales, una competencia comparable a la de un Estado: toda organización tiene una capacidad limitada, como resulta del proyecto de artículo 6; ningún órgano de una organización internacional tiene, como tiene el jefe de Estado o el ministro de relaciones exteriores, una competencia *general* para representar a la organización. Es importante, pues, que se mantengan mediante una terminología apropiada esas diferencias y se precise, en mayor grado que para los Estados, que la competencia de los representantes de las organizaciones internacionales es limitada.

10) A este respecto, como se señalará también en el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 2, el término «plenos poderes» queda reservado a los documentos presentados por los representantes de los Estados y el término «poderes» a los presentados por los representantes de las organizaciones internacionales. La Comisión de Derecho Internacional no ignora en qué grado fluctúa la terminología en la práctica (y la Convención sobre la representación de los Estados ofrece un ejemplo de ello en sus artículos 12 y 44), pero le ha parecido que la terminología que ella propone establece una distinción que merece mantenerse.

11) Por otra parte, la Comisión ha considerado necesario distinguir, en lo que se refiere a los representantes de las organizaciones internacionales, entre la adopción y la autenticación del texto de un tratado por una parte, y el consentimiento en obligarse por un tratado por otra; estas dos hipótesis son objeto, respectivamente, de los párrafos 3 y 4 del presente proyecto de artículo En lo que respecta a la adopción o la autenticación del texto de un tratado, se propone una fórmula que corresponde a la que resulta del apartado *a* del párrafo 1 para los representantes de los Estados. Pero, en lo que concierne al consentimiento en obligarse por un tratado, la Convención de Viena y el *párrafo 1* del presente proyecto de artículo prevén el caso en que «para *manifestar* el consentimiento del Estado en obligarse por [ ] tratado se considerará que una persona representa a un Estado». La Comisión opina que el verbo «manifestar», aplicado al representante de una organización internacional, podría ofrecer cierta ambiguedad. En efecto, debido sobre todo a las lagunas o ambiguedades, bastante frecuentes, de los instrumentos constitutivos, podría entenderse ese término en el sentido de dejar al representante de una organización internacional el poder de determinar por sí mismo, en cuanto representante, si la organización debe o no obligarse por un tratado. Para evitar tal ambiguedad, ha parecido útil servirse en lugar del verbo «manifestar» del verbo «comunicar», que especifica más claramente que la voluntad de la organización de obligarse por un tratado debe hacerse constar conforme a las reglas constitucionales de cada organización y que el acto de su representante consiste en transmitir dicha voluntad, sin que, por lo menos mediante el presente proyecto de artículo, reciba la competencia de determinar por sí solo el consentimiento de la organización en obligarse por un tratado. En otros artículos del presente proyecto de artículos se ha procurado igualmente evitar, en lo que respecta a los representantes de las organizaciones internacionales, la utilización del verbo «manifestar», recurriendo a otras expresiones, como «hacer constar» el consentimiento en obligarse por un tratado.

Artículo 2.—Términos empleados [710]

1. Para los efectos de los presentes artículos:

...

***c*) se entiende por « plenos poderes » un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por tal tratado o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a tal tratado;**

***c bis*) se entiende por «poderes» un documento que emana del órgano competente de una organización internacional y por el que se designa a una o varias personas para representar a la organización en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para comunicar el consentimiento de la organización en obligarse por un tratado o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;**

...

[710] Disposicion de la Convencion de Viena correspondiente a los apartados *c* y *c bis*

«*Articulo 2 — Terminos empleados*

»1 Para los efectos de la presente Convencion

»

»*c*) se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociacion, la adopcion o la autenticacion del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado,

» »

Comentario

La adopción de una terminología distinta («plenos poderes» y «poderes») para los documentos en que se hace constar la calidad de una persona para representar, ya sea al Estado, ya sea a la organización internacional, se ha comentado ya, lo mismo que el empleo del término «comunicar» en lugar de «manifestar» en lo que se refiere al consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado [711]. El apartado *c bis* es una adición con respecto al texto correspondiente de la Convención de Viena; con relación al texto de esta última, en el apartado *c* sólo se ha introducido el cambio de redacción que exigía el objeto particular del presente proyecto de artículos.

Artículo 8.—Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización [712]

Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado o a una organización internacional, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado o esa organización.

Comentario

En este artículo sólo se han introducido, en relación con el artículo correspondiente de la Convención de Viena, las modificaciones requeridas por el objeto propio del presente texto.

Artículo 9.—Adopción del texto [713]

1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los participantes en su elaboración, salvo en los casos previstos en el párrafo 2.

2. La adopción del texto de un tratado entre Estados y una o varias organizaciones internacionales en una conferencia internacional en la que participen una o varias organizaciones internacionales se efectuará por mayoría de dos tercios de los participantes presentes y votantes, a menos que éstos decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.

Comentario

1) El artículo correspondiente de la Convención de Viena establece una regla, la adopción del texto del tratado por unanimidad de todos los Estados participantes en su elaboración, y una excepción para el caso de la adopción del texto del tratado en una «conferencia internacional», pero no define lo que se entiende por «conferencia internacional». Sin embargo, la opinión común ha sido siempre que ese término denota una conferencia relativamente abierta y general, en la que todos los Estados participan sin que el consentimiento final de uno o más de ellos en quedar obligado por el tratado aparezca a los demás Estados como condición para la entrada en vigor del tratado.

2) El presente proyecto de artículo sigue el mismo plan; evita introducir toda calificación o precisión en el término «conferencia», ya que de otro modo podría crearse una disimetría con el texto de la Convención de Viena, lo que no dejaría de complicar las relaciones entre ésta y el proyecto de artículos. Ello obedecería en particular al hecho de que el artículo 3 de la Convención de Viena reserva en su apartado *c* su aplicación «a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional». Para que el proyecto de artículos y la Convención de Viena no creen dos series de normas cuyo campo de aplicación distinto pueda provocar dificultades, hay que conservar la misma terminología en ambos textos y ajustar en todo lo posible el proyecto de artículos a la Convención de Viena.

3) Con todo, el actual proyecto de artículos presenta varios aspectos particulares que obedecen a las características peculiares de las organizaciones internacionales. En primer lugar, el artículo 9 de la Convención de Viena se refiere en el párrafo 1, en relación con el tratado, a «todos los Estados participantes en su elaboración»; no define por lo demás esta expresión, cuyo alcance es bastante claro cuando únicamente intervienen Estados. Cuando participan organizaciones, la expresión «todos los participantes en su elaboración», empleada en el párrafo 1 del presente proyecto de artículo, ha de entenderse en el sentido de que se refiere, según los casos, ya sea a uno o varios Estados y a una o varias organizaciones, ya sea a varias organizaciones. Sin embargo, en lo que respecta a las organizaciones, sólo hay que considerar como «organizaciones» participantes en la elaboración del texto las que participan en la elaboración del texto en condiciones de igualdad con los Estados, y debe excluirse el caso de la organización que se limite a desempeñar funciones de preparación o de asesoramiento en la elaboración del texto. La Comisión examinará más adelante, cuando considere el proyecto de artículos en su totalidad, si procede insertar, en sus disposiciones preliminares, una definición formal de la expresión «participantes en la elaboración de un tratado».

4) Al examinar cuál puede ser, en el desarrollo de la comunidad internacional, el lugar de las organizaciones internacionales, la Comisión ha tenido que resolver la cuestión de si cabía concebir una conferencia *en la que sólo participen organizaciones internacionales*. La hipótesis,

---

[711] Véase *supra* art. 7, párrs. 10 y 11 del comentario.

[712] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 8. — Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización*

»Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.»

[713] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 9. — Adopción del texto*

»1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.

»2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.»

por muy excepcional que sea, no puede sin embargo descartarse y cabe imaginar, por ejemplo, que las organizaciones internacionales traten de resolver en una conferencia internacional algunos problemas, o, por lo menos, de armonizar algunas soluciones, acerca de la administración pública internacional. Pero se ha considerado que, incluso en tal hipótesis, cada organización presenta caracteres tan específicos en relación con las demás organizaciones, que sería poco indicado hacer extensiva a semejente «conferencia» la norma del párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de Viena, que evidentemente no encaja con esa hipótesis. En el proyecto de artículo, una «conferencia» que sólo agrupe organizaciones internacionales quedará comprendida, en lo que se refiere a la adopción del texto de un tratado, en las disposiciones del *párrafo 1*: el texto habría de ser adoptado por todas las organizaciones participantes, salvo que, con el consentimiento de todas ellas, se estableciera otra regla.

5) La única hipótesis concreta que exige la aplicación de una regla simétrica a la del párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de Viena es la de una «conferencia» entre Estados, en el sentido de esa Convención, en la que participen además una o varias organizaciones internacionales con vistas a la adopción del texto de un tratado entre esos Estados y esa o esas organizaciones internacionales. En tal hipótesis, parece normal mantener la aplicación de la regla de la mayoría de los dos tercios estipulada en el párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de Viena y aplicar la regla de los dos tercios a todos los participantes, tanto Estados como organizaciones internacionales. Tal es el objeto que persigue el párrafo 2 del proyecto de artículo. En defecto de tal disposición, si los Estados reunidos en una conferencia decidieran invitar a una o más organizaciones internacionales a participar en tal conferencia en condiciones de igualdad con los Estados, la regla enunciada en el párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de Viena sería inaplicable, y sólo quedaría la posibilidad de aplicar la regla del consentimiento unánime, quizá para la adopción del texto de un tratado y en todo caso para la aprobación de la regla en virtud de la cual se adoptaría el texto del tratado. Al proponer el párrafo 2 del proyecto de artículo 9, la Comisión no ha tenido la intención de recomendar la participación de una o varias organizaciones internacionales en la elaboración de un tratado en el seno de una conferencia internacional; es una cuestión que, en cada caso, debe ser examinada por los Estados, y que depende de éstos. La Comisión ha querido sencillamente prever una eventualidad que, aun cuando carezca de precedentes en el pasado, incluso en el pasado reciente, no puede descartarse para el porvenir. En particular, la constitución de gran número de uniones aduaneras o económicas ya no permite excluir que, en algunos casos por lo menos, tales uniones puedan verse llamadas a participar en su calidad de tales en la elaboración de ciertas convenciones en conferencias internacionales. La Comisión tampoco ha tenido la intención de que las disposiciones del párrafo 2 se interpreten en el sentido de menoscabar la autonomía de las conferencias internacionales en lo que se refiere a la aprobación de su propio reglamento, que podría establecer una norma diferente para la adopción del texto de un tratado, ni en lo que respecta a la posibilidad de llenar las lagunas de que pueda adolecer su procedimiento en esta materia.

Artículo 10.—Autenticación del texto [714]

1. El texto de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales quedará establecido como auténtico y definitivo:

***a*) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados y las organizaciones internacionales que hayan participado en su elaboración; o**

***b*) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados y de esas organizaciones internacionales en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.**

2. El texto de un tratado entre organizaciones internacionales quedará establecido como auténtico y definitivo:

***a*) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan las organizaciones internacionales que hayan participado en su elaboración; o**

***b*) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esas organizaciones internacionales en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.**

Comentario

El presente proyecto de artículo reproduce el texto correspondiente de la Convención de Viena, con las modificaciones de presentación que requieren las dos variedades particulares de tratados a las que está dedicado. La breve alusión a una conferencia en la que sólo participen organizaciones internacionales, que figura al final del párrafo 2, debe interpretarse en el sentido de prever una hipótesis excepcional, como se ha explicado en el comentario al artículo 9 [715]. En el apartado *a* del párrafo 2, la expresión «las organizaciones internacionales que hayan participado en su [el texto del tratado mencionado en el párrafo 2] elaboración» evita toda ambigüedad en caso de que una organización internacional preste su ayuda y cooperación para preparar el texto de una convención internacional en la que no ha de llegar a ser parte. También se ha tenido en cuenta esta hipótesis, aunque sea menos frecuente, en el apartado *b*.

---

[714] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 10. — Autenticación del texto*

»El texto de un tratado quedará establecido como auténtico y definitivo:

»*a*) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración; o

»*b*) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.»

[715] Véase *supra* art. 9 párr. 4 del comentario.

Artículo 11.—Formas de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado [716]

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales se manifestará mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

2. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se hará constar mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, un acto de confirmación formal, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

Comentario

1) El párrafo 1 del presente proyecto de artículo reproduce, en lo que se refiere al consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado celebrado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, la enumeración de las diferentes formas de manifestar el consentimiento que, respecto de los tratados entre Estados, figura en el artículo 11 de la Convención de Viena. La enumeración de las diferentes formas en que una organización internacional puede hacer constar su consentimiento en obligarse por un tratado en el que tiene la intención de llegar a ser parte es más delicada. No hay ninguna dificultad en admitir, en relación con las organizaciones internacionales, la firma, el canje de instrumentos que constituyen un tratado, la aceptación, la aprobación o la adhesión. La Comisión ha estimado, asimismo, que se podía admitir para las organizaciones internacionales el mismo principio que para los Estados y añadir a esta enumeración «cualquier otra forma que se hubiere convenido». Esta fórmula, que fue adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, tiene un alcance considerable, ya que introduce una gran elasticidad en las formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado. Esta libertad, reconocida a los Estados y que se propone hacer extensiva a las organizaciones internacionales, abarca también la terminología, puesto que la Convención de Viena enumera pero no define las formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado. Pero la práctica ha demostrado que la considerable expansión de los compromisos convencionales exige esta elasticidad y no hay ningún motivo para privar de sus ventajas a las organizaciones internacionales.

2) Como se ha indicado ya con respecto al artículo 7 [717], cuando se trata del consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se ha evitado el término «manifestar» y se ha preferido el de «hacer constar». Además, tras largo debate en el seno de la Comisión, se ha prescindido del término «ratificación» para designar una forma de hacer constar el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado. Para plantear debidamente los elementos del problema, conviene recordar que el proyecto de artículo 11, lo mismo que el artículo 11 de la Convención de Viena, no se refiere al sentido que se pueda dar a las expresiones empleadas en el derecho interno de un Estado o en las normas de una organización internacional (proyecto de artículo 2, párrafo 2, que constituye una transposición del principio enunciado en el artículo 2, párrafo 2, de la Convención de Viena). No se trata, por consiguiente, de determinar si una organización internacional puede emplear en su constitución o incluso en su práctica el término «ratificación» para designar cierto modo de hacer constar su consentimiento en obligarse por un tratado. En realidad, las organizaciones internacionales no emplean esa terminología salvo en casos excepcionales que parecen ser anomalías [718]. Pero es evidente que el proyecto de artículo no tiende a prohibir a una organización internacional el empleo de un vocabulario determinado en su ordenamiento jurídico propio.

3) En cambio, el proyecto de artículo emplea, como la Convención de Viena, una terminología aceptada «en el ámbito internacional» (artículo 2, párrafo 1, apartado *b*, de la Convención de Viena). A este respecto, la Comisión ha considerado que el término «ratificación» estaba reservado a los Estados, pues se refiere siempre, conforme a una larga tradición histórica, a un acto que emana de los más altos órganos del Estado, generalmente el jefe de Estado, a los que no corresponde ningún órgano análogo en las organizaciones internacionales.

4) Sin embargo, si no se consideran los órganos de los que emana la ratificación sino el mecanismo técnico del acto, se advierte que éste consiste en una confirmación definitiva de una voluntad de obligarse expresada la primera vez sin compromiso. Tal mecanismo puede ser necesario a veces en el caso de las organizaciones internacionales y no hay ningún motivo para que no tenga cabida entre las formas en que éstas pueden hacer constar su consentimiento en obligarse por un tratado. Ahora bien, no hay ninguna denominación generalmente aceptada en el ámbito internacional que designe actualmente tal mecanismo en el caso de una organización internacional. En defecto de una expresión aceptada, la Comisión se ha limitado a describir ese mecanismo mediante la fórmula «un acto formal de confirmación». De ese modo, empleando términos diferentes, las organizaciones internacionales pueden, llegado el caso, hacer constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado mediante un procedimiento simétrico al de los Estados.

[716] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 11. — Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado*

»El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.»

[717] Véase *supra* art. 7, párr. 11 del comentario.

[718] Para un ejemplo, véase *supra*, documento A/CN.4/285, nota 31.

Artículo 2.—Términos empleados [719]

1. Para los efectos de los presentes artículos:

...

***b*) se entiende por «ratificación» el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;**

***b bis*) se entiende por «acto de confirmación formal» un acto internacional que corresponde al de la ratificación por un Estado y por el cual una organización internacional hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;**

***b ter*) se entiende por «aceptación», «aprobación» y «adhesión», según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado o una organización internacional hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.**

Comentario

El alcance de las definiciones aquí propuestas se deriva del comentario al artículo 11.

Artículo 12.—La firma como forma de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado [720]

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales se manifestará mediante la firma del representante de ese Estado:

***a*) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;**

***b*) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que la firma tenga ese efecto; o**

***c*) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.**

2. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se hará constar mediante la firma del representante de esa organización:

***a*) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto; o**

***b*) cuando la intención de la organización de dar ese efecto a la firma se desprenda de los poderes de su representante o se haya hecho constar durante la negociación.**

3. Para los efectos de los párrafos 1 y 2:

***a*) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma cuando conste que los participantes en la negociación así lo han convenido;**

***b*) la firma *ad referendum* por el representante de un Estado o de una organización internacional equivaldrá a la firma definitiva si la confirma ese Estado o esa organización.**

Comentario

La aplicación al caso de las organizaciones internacionales de la norma establecida para los representantes de los Estados en el artículo 12 de la Convención de Viena se ha efectuado con algunas modificaciones. En el caso de los representantes de las organizaciones internacionales se ha sustituido «se manifestará» por «se hará constar». Se ha suprimido, para las organizaciones internacionales, la disposición del apartado *b* del párrafo 1 del texto de la Convención de Viena, cuyo apartado *c* corresponde, por lo tanto, al apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de artículo 12. El apartado *b* del párrafo 1 del artículo 12 de la Convención de Viena concede a los Estados gran libertad, permitiéndoles en esta materia celebrar acuerdos sin someterlos a ninguna forma ni a ninguna circunstancia particular. Esta libertad, normal para los Estados, suscita objeciones en lo que se refiere a las organizaciones internacionales. El apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de artículo 12 deja, por otra parte, a las organizaciones internacionales, un margen de libertad suficiente.

Artículo 13.—El canje de instrumentos que constituyen un tratado como forma de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado [721]

1. El consentimiento de los Estados y de las organizaciones internacionales en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones

---

[719] Disposición de la Convención de Viena correspondiente a los apartados *b*, *b bis* y *b ter*:

«*Artículo 2.—Términos empleados*

»1. Para los efectos de la presente Convención:

»...

»*b*) se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.»

[720] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 12.—Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma*

»1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:

»*a*) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto:

»*b*) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto, o

»*c*) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

»2. Para los efectos del párrafo 1:

»*a*) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido;

»*b*) la firma *ad referendum* de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.»

[721] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 13.—Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituye un tratado*

»El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

»*a*) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o

»*b*) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.»

internacionales constituido por los instrumentos canjeados entre ellos se hará constar mediante este canje:

***a*) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o**

***b*) cuando esos Estados y esas organizaciones hayan convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.**

2. El consentimiento de las organizaciones internacionales en obligarse por un tratado entre organizaciones internacionales constituido por los instrumentos canjeados entre ellas se hará constar mediante este canje:

***a*) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o**

***b*) cuando esas organizaciones hayan convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.**

Comentario

Este proyecto de artículo sólo introduce, con relación al texto correspondiente de la Convención de Viena, las modificaciones que resultan de los dos tipos de tratados a los que se aplica. La redacción del proyecto de artículo recuerda, pese a que los casos de esta índole son ahora muy poco frecuentes, que el mecanismo del canje de los instrumentos que constituyen un tratado puede aplicarse también en el caso de los tratados en los que hay más de dos partes contratantes.

Artículo 14.—La ratificación, un acto de confirmación formal, la aceptación o la aprobación como forma de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado [722]

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales se manifestará mediante la ratificación:

***a*) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;**

***b*) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que se exija la ratificación;**

***c*) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o**

***d*) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.**

2. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se hará constar mediante un acto de confirmación formal:

***a*) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe hacerse constar mediante un acto de confirmación formal;**

***b*) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que se exija un acto de confirmación formal;**

***c*) cuando el representante de la organización haya firmado el tratado a reserva de un acto de confirmación formal; o**

***d*) cuando la intención de la organización de firmar el tratado a reserva de un acto de confirmación formal se desprenda de los poderes de su representante o se haya hecho constar durante la negociación.**

3. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales y el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se harán constar mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación o para un acto de confirmación formal.

Comentario

Este proyecto de artículo trata separadamente en su párrafo 1 del consentimiento del Estado en el caso de tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, y en su *párrafo 2* del consentimiento de una organización internacional para el caso de un tratado en el sentido del apartado *a* del párrafo 1 del artículo 2; es decir, de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales y de un tratado entre varias organizaciones internacionales. No es necesario hacer observación alguna en lo que respecta a la utilización en el caso de las organizaciones internacionales del término «un acto de confirmación formal», que ya ha sido analizado [723]; basta señalar que el enunciado del título de este artículo subraya que las palabras «un acto de confirmación formal» que allí se utilizan son una expresión verbal que describe una operación a la que hasta la fecha no se le ha atribuido en la práctica internacional un término generalmente admitido.

Artículo 15.—La adhesión como forma de hacer constar el consentimiento en obligarse por un tratado [724]

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias

[722] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 14.—Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación*

»1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación:

»*a*) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;

»*b*) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación;

»*c*) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o

»*d*) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

»2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.»

[723] Véase *supra* art. 11, párrs. 3 y 4 del comentario.

[724] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 15.—Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la adhesión*

»El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión:

»*a*) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;

(Continúa en la página siguiente.)

organizaciones internacionales se manifestará mediante la adhesión:

***a*) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;**

***b*) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o**

***c*) cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.**

2. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado se hará constar mediante la adhesión:

***a*) cuando el tratado disponga que esa organización puede hacer constar tal consentimiento mediante la adhesión;**

***b*) cuando los participantes en la negociación hayan convenido que esa organización puede dar tal consentimiento mediante la adhesión;**

***c*) cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que esa organización puede dar tal consentimiento mediante la adhesión.**

Comentario

Dos párrafos distintos tratan del consentimiento del Estado y del de la organización internacional. El término «manifestará», utilizado en el párrafo 1 para los Estados, al igual que en el artículo 15 de la Convención de Viena, ha sido sustituido, en el párrafo 2, relativo a las organizaciones internacionales, por las expresiones «hará constar» o «puede dar».

Artículo 2.—Términos empleados [725]

1. Para los efectos de los presentes artículos:

...

***g*) se entiende por «parte» un Estado o una organización internacional que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto a los cuales el tratado está en vigor;**

...

Comentario

De todos los proyectos de artículo adoptados hasta la fecha, el artículo 15 es el primero que utiliza el término «parte», por lo que ha sido necesario definir su significado. Salvo la inserción de las palabras «o una organización internacional», la definición que precede sigue exactamente el texto de la Convención de Viena. Deja, pues, a un lado determinados problemas propios de las organizaciones internacionales. Pero hay que entender aquí la expresión «obligarse por el tratado» en un sentido más preciso, es decir, *obligarse por el tratado mismo*, como instrumento jurídico, y no solamente «obligarse por las reglas del tratado». En efecto, puede suceder que una organización esté obligada por las reglas jurídicas contenidas en un tratado sin ser parte en ese tratado, por tener esas reglas un carácter consuetudinario en relación con la organización, por haberse comprometido la organización mediante una declaración unilateral (si se admite esta posibilidad), o por haber celebrado la organización con las partes en un tratado X un tratado colateral en virtud del cual se obliga a respetar las reglas contenidas en el tratado X, sin hacerse por ello parte en dicho tratado. Por lo demás, la definición relativamente sencilla dada anteriormente debe entenderse a reserva de las observaciones que ya se han expuesto en relación con la participación en la «elaboración» de un tratado: ese término, en espera tal vez de una definición más precisa que la Comisión formule más adelante, no puede aplicarse al caso de las organizaciones internacionales que, con ocasión de la elaboración, presten su asistencia técnica en la preparación del texto de un tratado, sin que hayan estado destinadas en ningún momento a ser partes en él.

Artículo 16.—Canje, depósito o notificación de los instrumentos de ratificación, confirmación formal, aceptación, aprobación o adhesión [726]

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de ratificación, confirmación formal, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales al efectuarse:

***a*) su canje entre los Estados y las organizaciones internacionales contratantes;**

***b*) su depósito en poder del depositario; o**

***c*) su notificación a los Estados y a las organizaciones internacionales contratantes o al depositario, si así se ha convenido.**

2. Salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de confirmación formal, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado entre organizaciones internacionales al efectuarse:

(Continuación de la nota 724.)

»*b*) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o

»*c*) cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.»

[725] Disposición de la Convención de Viena correspondiente al apartado *g*:

«*Artículo 2.—Términos empleados*

»1. Para los efectos de la presente Convención:

»...

»*g*) se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor.»

[726] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

»*Artículo 16.—Canje o depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión*

»Salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

»*a*) su canje entre los Estados contratantes;

»*b*) su depósito en poder del depositario; o

»*c*) su notificación a los Estados contratantes o al depositario, si así se ha convenido.»

a) su canje entre las organizaciones internacionales contratantes;

b) su depósito en poder del depositario; o

c) su notificación a las organizaciones internacionales contratantes o al depositario, si así se ha convenido.

Comentario

Este proyecto de artículo sigue las disposiciones del artículo 16 de la Convención de Viena, distinguiendo en dos párrafos las dos categorías de tratados que son objeto del presente proyecto de artículos. En el caso de un acto de confirmación formal, se ha designado el instrumento que hace constar su existencia con la expresión «instrumento de confirmación formal», pero esta fórmula no impide que se mantenga, en el apartado *b bis* del párrafo 1 del proyecto de artículo 2, ni en los proyectos de artículos 11 y 14, la expresión «un acto de confirmación formal», ya que esos términos permiten evitar toda confusión con la confirmación prevista en el proyecto de artículo 8 y que, por otra parte, como ya se ha dicho [727], tienden no a denominar, sino a describir la operación de que se trata.

Artículo 17.—Consentimiento en obligarse respecto de parte de un tratado y opción entre disposiciones diferentes [728]

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos [19 a 23], el consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse respecto de parte de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales sólo surtirá efecto si el tratado lo permite o los demás Estados y organizaciones internacionales contratantes convienen en ello.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos [19 a 23], el consentimiento de una organización internacional en obligarse respecto de parte de un tratado entre organizaciones internacionales sólo surtirá efecto si el tratado lo permite o las demás organizaciones internacionales contratantes convienen en ello.

3. El consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales que permita una opción entre disposiciones diferentes sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento.

4. El consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado entre organizaciones internacionales que permita una opción entre disposiciones diferentes sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento.

Comentario

Este proyecto de artículo trata de las dos cuestiones distintas a que se refiere el artículo 17 de la Convención de Viena en cuatro párrafos, considerando por separado las dos categorías de tratados que son objeto del presente proyecto de artículos. La referencia a los artículos 19 a 23 en los párrafos 1 y 2 figura entre corchetes en vista de que la Comisión sólo ha podido, por falta de tiempo, tener un intercambio general de opiniones sobre los proyectos de artículos 19 a 23, sin pronunciarse acerca del texto de esos proyectos de artículos. La Comisión examinará los proyectos de artículos revisados relativos a las reservas en su próximo período de sesiones.

Artículo 18.—Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor [729]

1. Un Estado o una organización internacional deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales:

a) si ese Estado o esa organización han firmado el tratado o han canjeado los instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, de un acto de confirmación formal, de aceptación o de aprobación, mientras ese Estado o esa organización no hayan manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o

b) si ese Estado o esa organización han hecho constar su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.

2. Una organización internacional deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado entre organizaciones internacionales:

a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de un acto de confirmación formal, de aceptación o de aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o

b) si ha hecho constar su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.

---

[727] Véase *supra* art. 11, párr. 4 del comentario.

[728] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 17.—Consentimiento en obligarse respecto de parte de un tratado y opción entre disposiciones diferentes*

»1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 a 23, el consentimiento de un Estado en obligarse respecto de parte de un tratado sólo surtirá efecto si el tratado lo permite o los demás Estados contratantes convienen en ello.

»2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que permita una opción entre disposiciones diferentes sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento.»

[729] Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«*Artículo 18.—Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor*

»Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

»*a*) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o

»*b*) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.»

Comentario

Este proyecto de artículos sigue el principio formulado en el artículo 18 de la Convención de Viena, con algunas diferencias de redacción y distinguiendo las dos variedades de tratados que son objeto del presente proyecto de artículos.

Capítulo VI

OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

A.—El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación

138. En su 26.º período de sesiones, celebrado en 1974, la Comisión, atendiendo a una recomendación de la Asamblea General contenida en el párrafo 4 de la resolución 3071 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, constituyó una Subcomisión para examinar la cuestión e informar a la Comisión y designó al Sr. Richard D. Kearney Relator Especial del tema. La Comisión aprobó sin modificaciones el informe de la Subcomisión y lo incluyó como anexo en el capítulo V de su informe sobre la labor de la Comisión en ese período de sesiones [730]. El informe de la Subcomisión contenía una serie de preguntas formuladas con objeto de conocer el parecer de los Estados sobre ciertos aspectos fundamentales del tema y facilitar así el ulterior estudio de la materia por la Comisión. De conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, la Comisión decidió recabar comentarios y observaciones de los gobiernos de los Estados miembros sobre tales puntos. Estas decisiones fueron aprobadas por la Asamblea General en la resolución 3315 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974. En carta circular de fecha 21 de enero de 1975, el Secretario General transmitió a los gobiernos el cuestionario de la Comisión y les pidió que enviaran sus respuestas antes del 1.º de julio de 1975. Los comentarios y observaciones recibidos por el Secretario General serán comunicados al Relator Especial del tema y serán reproducidos además en un documento que será distribuido a los miembros de la Comisión. En espera de recibir las respuestas de los gobiernos de los Estados miembros, la Comisión no examinó el tema en su actual período de sesiones.

B.—Programa de trabajo y organización de los trabajos

139. La Comisión tiene en estudio, dentro del marco de su actual programa de trabajo, las materias siguientes: la responsabilidad de los Estados, la sucesión de los Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, la cláusula de la nación más favorecida, la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales y el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

140. Después de un debate celebrado en la Comisión en su 27.º período de sesiones, se constituyó en el seno de la Mesa Ampliada un grupo de planificación encargado de estudiar el funcionamiento de la Comisión y de formular sugestiones acerca del trabajo de ésta. El grupo quedó integrado por el Sr. Taslim O. Elias, el Sr. Richard D. Kearney (Presidente), el Sr. José Sette Câmara, el Sr. Senjin Tsuruoka y el Sr. N. A. Ushakov.

141. Como tarea inicial, el Grupo pasó revista a los actuales trabajos pendientes de la Comisión con miras a proponer objetivos generales hacia los cuales pudiera la Comisión orientar sus esfuerzos. Sobre la base del examen realizado, el Grupo llegó a la conclusión de que dado el estado a que se había llegado en los trabajos sobre la cláusula de la nación más favorecida, debería ser posible completar la primera lectura de la serie de artículos en su período de sesiones de 1976. En vista de que en ese período de sesiones llegaría a su término el mandato de los actuales miembros de la Comisión, el Grupo sugirió que se hiciese todo lo posible por completar la primera lectura de los artículos relativos a esta materia a fin de presentarlos a la Asamblea General en su trigésimo primer período de sesiones.

142. El Grupo dedicó considerable atención a los dos temas prioritarios de su programa: la responsabilidad de los Estados y la sucesión de los Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados. Como se indica en la introducción del capítulo II del presente informe [731], quedan por examinar tres capítulos de la primera parte de la serie de artículos sobre la responsabilidad de los Estados:

Capítulo III.—La violación de una obligación internacional

Capítulo IV.—La participación de otros Estados en el hecho internacionalmente ilícito de un Estado

Capítulo V.—Las circunstancias que excluyen la ilicitud y las circunstancias atenuantes o agravantes.

143. Esta primera parte, cuando esté terminada, contendrá una exposición completa de los aspectos más fundamentales de la responsabilidad de los Estados y constituirá un todo integrado. El Grupo estimó que, en vista de la alta prioridad atribuida a este tema por la Asamblea General, la primera lectura de esta serie de artículos debería completarse durante la primera parte del mandato de los miembros que sean elegidos para la Comisión en 1976. Ello permitiría presentar la serie de artículos a los gobiernos y recibir sus observaciones en tiempo oportuno para poder hacer una segunda lectura de los artículos, que sería la definitiva antes de que terminara ese mandato. Esto supondría completar definiti-

[730] Véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 306 y ss., documento A/9610/Rev.1, cap. V, anexo.

[731] Véanse párrs. 42, 45 y 49 a 51 *supra*.

vamente estos artículos a más tardar en 1981, y tal vez antes.

144. En cuanto a la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, después de pasar revista a este tema, el Grupo llegó a la conclusión de que los aspectos más importantes de la materia, desde el punto de vista de las actuales necesidades del derecho internacional, son los bienes públicos, para los cuales ya se ha adelantado considerablemente en lo que se refiere a bienes de Estado, y las deudas públicas. Concentrando la labor en estos aspectos se podría elaborar un conjunto de artículos equilibrado que, una vez adoptado en forma de tratado, ofrecería una base para tratar las cuestiones que, en lo que se refiere a materias distintas de los tratados, plantean normalmente la mayoría de los problemas que se suscitan con ocasión de una sucesión de Estados. Habida cuenta de las complejas y difíciles cuestiones que se plantean en esta labor, el Grupo sugirió que para el mandato de la Comisión correspondiente a 1976-1981 se fijara como objetivo mínimo terminar en primera lectura un conjunto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de bienes públicos y de deudas públicas.

145. El cuarto tema que la Comisión tiene en estudio activo, que es la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, ha ido avanzando a buen ritmo. El Grupo consideró, pues, que estaba justificado fijar como objetivo el de completar en segunda lectura un conjunto de artículos sobre este tema el año 1981 o antes.

146. El número de respuestas recibidas al cuestionario de la Comisión sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales no ha sido suficiente hasta la fecha para permitir que se determinen el ámbito y el contenido del trabajo sobre esta materia. El Grupo sugirió que se aplazara hasta el 28.º período de sesiones de la Comisión la fijación de un objetivo para este tema.

147. La Mesa Ampliada presentó estas sugestiones del Grupo a la Comisión para que las examinara. Después de estudiarlas, la Comisión llegó a la conclusión de que si bien sería imposible adoptar un calendario de trabajo rígido, la fijación de objetivos para la planificación de sus actividades le ofrecería un marco útil para la adopción de decisiones. La Comisión consideró además que debía mantenerse un grupo de planificación encargado de examinar periódicamente la marcha de sus trabajos, y adoptó igualmente la sugestión de que, a fin de ayudar al Grupo en sus trabajos, los miembros presentaran propuestas relativas a las actividades y necesidades de la Comisión para que fueran examinadas por el Grupo.

C.—Colaboración con otros organismos

1. Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano

148. El Presidente de la Comisión en su 26.º período de sesiones, Sr. Endre Ustro, asistió, en calidad de observador de la Comisión, a la 16.ª reunión del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, celebrada en Teherán (Irán) en enero de 1975, e hizo una declaración ante el Comité (A/CN.4/287 [732]).

149. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano estuvo representado en el 27.º período de sesiones de la Comisión por su Secretario General, Sr. B. Sen, que hizo uso de la palabra en la Comisión en la 1310.ª sesión.

150. El Sr. Sen manifestó la esperanza de que iría intensificándose la colaboración entre el Comité y la Comisión, ambos dedicados a la instauración de un orden jurídico basado en la justicia, la equidad y la buena fe. Dijo que el Comité había dado cuenta a sus miembros de los trabajos de la Comisión sobre los diversos temas y que confiaba que pronto podría enviar sus observaciones sobre el proyecto de artículos de la Comisión sobre la sucesión de Estados en materia de tratados. En adelante, dijo el Sr. Sen, el Comité incluiría todos los temas examinados por la Comisión en su programa de trabajo, y comenzaría a tratarlos en las primeras etapas de los trabajos de la Comisión sobre tales temas. Señaló que al aumentar el número de sus miembros, el Comité había extendido el ámbito de sus actividades al estudio y preparación de la documentación sobre todas las cuestiones jurídicas de interés para las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, en beneficio de sus miembros y de otros gobiernos de Asia y Africa. Indicó que la 16.ª reunión del Comité se había dedicado principalmente a una evaluación de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y al estudio de cuestiones concretas acerca de las cuales había parecido necesario hacer aclaraciones y consultas en previsión del período de sesiones de esa Conferencia, que se había celebrado recientemente en Ginebra. El Sr. Sen señaló además que el Comité colaboraba muy de cerca con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en lo tocante a los aspectos jurídicos de los problemas ambientales, así como con la CNUDMI, la UNCTAD, la CEE, la CEPE y otras, en lo referente a las cuestiones relativas a la compraventa internacional de mercaderías, el arbitraje comercial internacional y el transporte marítimo, todas ellas materias de interés vital para los países en desarrollo y que el Comité había examinado en su 16.ª reunión. Por último, el Sr. Sen explicó a la Comisión que el Comité asistía a los gobiernos de los Estados miembros a realizar programas de capacitación, a recoger documentación jurídica y a organizar seminarios sobre problemas de común interés. El Comité esperaba organizar en 1976 un seminario sobre problemas de derecho internacional destinado a asesores jurídicos de los gobiernos.

151. La Comisión fue informada de que la 17.ª reunión del Comité, a la cual estaba invitada, como siempre, a enviar un observador, se celebraría en Kuala Lumpur (Malasia) en 1976. La Comisión pidió a su Presidente, Sr. Abdul Hakim Tabibi, que asistiera a la reunión o que, de no serle posible, designara a otro miembro de la Comisión a dicho efecto.

2. Comité Europeo de Cooperación Jurídica

152. Las reuniones 22.ª y 23.ª del Comité Europeo de Cooperación Jurídica se celebraron en Estrasburgo

[732] Véase *supra* pág. 49.

(Francia) en diciembre de 1974 y junio de 1975, respectivamente. La Comisión no pudo enviar un observador a esas reuniones del Comité, que coincidieron con el vigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General y el actual período de sesiones de la Comisión.

153. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica estuvo representado en el 27.º período de sesiones de la Comisión por el Sr. H. Golsong, Director de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 1333.ª sesión.

154. El Sr. Golsong dijo que el Comité Europeo de Cooperación Jurídica había seguido siempre con gran interés los trabajos de la Comisión. En relación con el tema «Cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales», mencionó las disposiciones adoptadas para que las Comunidades Europeas pudieran llegar a ser partes contratantes en la futura Convención europea para la protección de los cursos de agua internacionales contra la contaminación [733]. Señaló que los trabajos realizados con miras a adaptar a las necesidades actuales la Convención europea de extradición guardaban también relación con el derecho de los tratados. Se refirió a los recientes esfuerzos dirigidos primordialmente a reducir el número de reservas formuladas por ciertos Estados a esa Convención, cuya elaboración se remontaba a unos veinte años y que se encontraba en vigor con respecto a muchos Estados. El Sr. Golsong aludió también a un asunto (el *Asunto Golder*) recientemente fallado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se refería a la interpretación de una disposición de la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que era casi idéntica a una disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para interpretar esta disposición y determinar si daba derecho a recurrir a los tribunales, el Tribunal había seguido el método de interpretación previsto en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados [734]. En la esfera del derecho penal, el Sr. Golsong se refirió a la Convención europea sobre la validez internacional de los fallos represivos, que había entrado en vigor recientemente, y a la Convención europea sobre la vigilancia de las personas condenadas o liberadas condicionalmente, que entraría en vigor próximamente. Por último, el Sr. Golsong señaló que el Comité estaba examinando también la redacción de instrumentos relativos a la ayuda mutua administrativa y que había emprendido un estudio de los actos de violencia concertados.

155. Se puso en conocimiento de la Comisión que la próxima reunión del Comité, a la que estaba invitada con carácter permanente a enviar un observador, se celebraría en la fecha y el lugar que ulteriormente se anunciarían. La Comisión pidió a su Presidente, Sr. Abdul Hakim Tabibi, que asistiera a la reunión o que, de no serle posible, designara a otro miembro de la Comisión a dicho efecto.

3. Comité Jurídico Interamericano

156. El Sr. Alfredo Martínez Moreno asistió a la reunión del Comité Jurídico Internamericano, celebrada en Río de Janeiro (Brasil) en febrero y marzo de 1975, en calidad de observador de la Comisión.

157. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el 27.º período de sesiones de la Comisión por el Sr. A. P. Ricaldoni, quien dirigió la palabra a la Comisión en su 1321.ª sesión.

158. El Sr. Ricaldoni manifestó la esperanza de que continuaría desarrollándose la estrecha y fructífera cooperación entre la Comisión y el Comité como expresión de la firme convicción de que no puede haber justicia, paz ni libertad sin el derecho. Pasando a exponer la labor del Comité en 1974, el Sr. Ricaldoni informó a la Comisión que el Comité había aprobado una lista definitiva, pero no exhaustiva, y una exposición de motivos anexa, de 21 ejemplos concretos o «casos» de violación del principio de no intervención por los Estados. Presentó a la Comisión algunas de las disposiciones de la lista y de la exposición de motivos anexa y señaló que la lista tenía su origen en un proyecto preparado por el Comité en 1959. De los 21 «casos», nueve habían sido tomados casi sin modificaciones de la lista de 1959. En su reunión de 1974, el Comité había agregado 12 nuevos «casos» a la lista. El Sr. Ricaldoni informó que el Comité se había ocupado también, en su período de sesiones de 1974, de la cuestión de las empresas transnacionales. Subrayó que el Comité había venido estudiando desde hacía varios años cuestiones relativas a las sociedades multinacionales y que había recibido varios informes interesantes sobre este tema presentados por algunos de sus miembros. Recordó algunas decisiones adoptadas sobre esta materia por el Consejo de la OEA, así como las opiniones expresadas al respecto por el Comité. En relación con otros temas, el Sr. Ricaldoni dijo que un miembro del Comité había presentado un estudio sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y que otro miembro había presentado un estudio sobre la solución de controversias relacionadas con el derecho del mar, en el que se tenían en cuenta los trabajos de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El Sr. Ricaldoni señaló que el Comité había realizado también en 1974 sus actividades habituales en materia de investigación, divulgación y enseñanza del derecho internacional organizando varios cursos sobre diversas materias de derecho internacional.

159. Se puso en conocimiento de la Comisión que el Comité celebraría una reunión en julio de 1975, en el curso del actual período de sesiones de la Comisión, pero que la siguiente reunión del Comité, a la que la Comisión estaba invitada con carácter permanente a enviar un observador, se celebraría en la fecha y lugar que ulteriormente se anunciarían. La Comisión pidió a su Presidente, Sr. Abdul Hakim Tabibi, que asistiera a esa reunión o que, de no serle posible, designara a otro miembro de la Comisión a dicho efecto.

[733] Véase *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), documento A/CN.4/274, párr. 377.

[734] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), págs. 317 y 318.

D.—Lugar y fecha del 28.º período de sesiones

160. La Comisión decidió celebrar su próximo período de sesiones en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra del 3 de mayo al 23 de julio de 1976.

E.—Representación en el trigésimo período de sesiones de la Asamblea General

161. La Comisión decidió hacerse representar en el trigésimo período de sesiones de la Asamblea General por su Presidente, Sr. Abdul Hakim Tabibi.

F.—Conferencia en memoria de Gilberto Amado

162. De conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 23.º período de sesiones [735], y gracias a otra generosa donación hecha por el Gobierno del Brasil, la tercera Conferencia en memoria de Gilberto Amado tuvo lugar en el Palacio de las Naciones el 11 de junio de 1975.

163. El conferenciante fue el Sr. Manfred Lachs, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, que presentó «Algunas reflexiones sobre la solución pacífica de controversias». Asistieron a la conferencia miembros de la Comisión y su secretaría y otros distinguidos juristas de misiones permanentes, delegaciones, la Secretaría de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, la Universidad de Ginebra y participantes en el Seminario sobre derecho internacional, etc. La conferencia fue seguida de una cena. La Comisión manifestó la opinión de que, como en las dos ocasiones anteriores, convendría publicar en francés y en inglés la conferencia que se había pronunciado, a fin de ponerla en conocimiento del mayor número posible de especialistas en derecho internacional.

164. El Comité de la Conferencia en memoria de Gilberto Amado se reunió el 4 de junio de 1975 bajo la presidencia del Sr. Taslim O. Elias. Asistieron a la reunión los Sres. Richard D. Kearney, José Sette Câmara, Abdul Hakim Tabibi y Nikolaï A. Ushakov, miembros de la Comisión.

165. El Comité decidió recomendar que no se regatearan esfuerzos para organizar otra conferencia en 1976, durante el período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y la reunión del Seminario sobre derecho internacional. También había que hacer lo posible, con ayuda del Presidente de la Comisión y del Sr. Sette Cámara, para obtener como en años anteriores fondos del Gobierno brasileño.

166. La Comisión hizo suyas las opiniones del Comité y expresó su gratitud al Gobierno del Brasil por su nuevo gesto, que había permitido celebrar la tercera Conferencia en memoria de Gilberto Amado. Manifestó la esperanza de que ese Gobierno mantendría su asistencia financiera a fin de hacer posible la continuación de la serie de conferencias como homenaje a la memoria de ese ilustre jurista brasileño, que fue durante tantos años miembro de la Comisión de Derecho Internacional. La Comisión pidió al Sr. Sette Câmara que transmitiese sus observaciones al Gobierno del Brasil.

G.—Seminario sobre derecho internacional

167. En cumplimiento de la resolución 3315 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra organizó, durante el 27.º período de sesiones de la Comisión, una reunión —la undécima— del Seminario sobre derecho internacional para estudiantes especializados en esta disciplina y jóvenes funcionarios de las administraciones nacionales encargados habitualmente de examinar asuntos de derecho internacional.

168. El Seminario celebró, entre el 26 de mayo y el 13 de junio de 1975, diez sesiones dedicadas a conferencias seguidas de debates.

169. Nueve miembros de la Comisión aportaron generosamente su concurso como conferenciantes. Las conferencias versaron sobre diversos temas, algunos de ellos relacionados con trabajos pasados, presentes o futuros de la Comisión, a saber: la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (Sr. El-Erian, con la participación del Sr. Sette Câmara durante el debate); el sistema actual del derecho diplomático y consular (Sr. Ustor); el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Sr. Kearney), y la sucesión de Estados en materia de tratados (Sir Francis Vallat). Un conferenciante (Sr. Elias) presentó un análisis de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos relativos a los ensayos nucleares y otro (Sr. Yasseen) disertó sobre los trabajos de la Asamblea General relativos a la definición de la agresión. Una conferencia versó sobre las fronteras del derecho internacional (Sr. Pinto), otra sobre los aspectos jurídicos y operacionales del proceso de integración subregional andino (Sr. Calle y Calle) y otra, por último, sobre los problemas energéticos y el derecho internacional (Sr. Bedjaoui). Además, el Director del Departamento de doctrina y derecho del Comité Internacional de la Cruz Roja (Sr. Pilloud) habló de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados [736]. El Director del Seminario (Sr. Raton) hizo una exposición preliminar sobre la Comisión de Derecho Internacional y su labor.

170. Los 20 estudiantes, todos procedentes de distintos países, que participaron en el Seminario, asistieron además a la tercera Conferencia en memoria de Gilberto Amado y a las sesiones de la Comisión. Pudieron utilizar los servicios de la Biblioteca del Palacio de las Naciones y asistir a una proyección cinematográfica organizada por la Oficina de Información Pública de las Naciones Unidas. Se les facilitaron gratuitamente ejemplares de la publicación titulada *La Comisión de Derecho Internacional y su obra* [737], que es indispensable para seguir los trabajos

[735] *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 382, documento A/8410/Rev.1, párrs. 164 a 169.

[736] De conformidad con el párrafo 3 de la resolución 3032 (XXVII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1972.

[737] Publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta, S.72.I.17.

del Seminario, así como los documentos básicos necesarios para seguir los debates de la Comisión y las conferencias del Seminario. Los participantes también pudieron obtener o adquirir, a precio reducido, documentos de las Naciones Unidas que no se hallan disponibles o son difíciles de encontrar en sus países de origen.

171. Las Naciones Unidas no tuvieron que sufragar ninguno de los gastos del Seminario ni hubieron de contribuir a los gastos de viaje ni a las dietas de los participantes. Como en las reuniones precedentes, los Gobiernos de Dinamarca, Finlandia, Israel, Noruega, los Países Bajos, la República Federal de Alemania y Suecia ofrecieron becas para participantes procedentes de países en desarrollo. Esas becas, cuya cuantía oscila entre 1.200 y más de 4.000 dólares de los EE. UU., fueron atribuidas a 12 candidatos. La concesión de becas permite conseguir actualmente una distribución geográfica mucho más amplia de los participantes y hacer venir de países lejanos a candidatos merecedores de ello que, de otro modo, por motivos exclusivamente pecuniarios, no podrían participar en el Seminario. Es útil recordar que, de 1965 a 1975, de 248 participantes de 87 nacionalidades distintas, 119 fueron beneficiarios de becas, 100 de las cuales fueron sufragadas por los Estados antes mencionados, con la adición de Suiza, y 19 por el UNITAR.

172. Desgraciadamente, la baja constante del dólar y el aumento de los precios de los transportes aéreos y del costo de la vida en Ginebra, ahn reducido considerablemente el valor adquisitivo de las becas. De continuar esa tendencia, se tropezaría con graves dificultades para la organización del Seminario. La mayor parte de los gobiernos donantes lo han comprendido muy bien y han aumentado la cuantía de las becas a 2.000 dólares (Finlandia, Noruega y Suecia), 2.100 dólares (Países Bajos), cerca de 2.500 dólares (República Federal de Alemania) e incluso más de 4.000 dólares (Dinamarca). Para la duodécima reunión del Seminario, Dinamarca ha facilitado ya la suma de 11.675 francos suizos. Este resultado, por alentador que sea, aún tendría que mejorarse. Es de desear que pueda contarse con la generosidad acrecentada o renovada de los gobiernos de los mencionados Estados y, si es posible, con la concesión de becas de otros gobiernos, lo que permitiría mejorar todavía la distribución geográfica de los candidatos y evitar que tengan que rechazarse candidaturas por falta de fondos suficientes. Es de señalar que, según la política constante de los organizadores del Seminario, el nombre de los beneficiarios se pone en conocimiento de los gobiernos donantes y que, por su parte, los beneficiarios son siempre informados de la procedencia de su beca.