DOCUMENTO A/49/10*

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46.º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)

ÍNDICE

		Página
Abreviaturas y siglas		7
Nota referida a las citas		7
Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen		8

Capítulo		*Párrafos*	
I.	ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES	1-22	15
A.	Composición de la Comisión	2-3	15
B.	Mesa	4-6	15
C.	Comité de Redacción	7-10	16
D.	Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	11-12	16
E.	Secretaría	13	16
F.	Programa	14-15	16
G.	Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 46.º período de sesiones	16-22	17
II.	PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD	23-209	19
A.	Introducción	23-41	19
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	42-209	21
1.	*Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional*	42-91	21
a)	Examen del informe del Grupo de Trabajo creado en el 45.º período de sesiones	42-76	21
i)	Observaciones generales	45-48	22
ii)	Naturaleza del tribunal	49-50	22
iii)	Método de creación del tribunal	51-52	23
iv)	Relación con las Naciones Unidas	53-55	24
v)	Derecho aplicable	56-57	24
vi)	Competencia	58-60	24
a.	Competencia por razón de la persona	58	24
b.	Competencia por razón de la materia	59-60	24
vii)	Aceptación por los Estados de la jurisdicción del tribunal	61	25
viii)	Elección de los jueces	62	25
ix)	Estructura del tribunal	63	25
x)	Ejercicio del derecho de recurrir al tribunal	64-66	25
xi)	Aceptación por los Estados de la competencia del tribunal	67-68	25
xii)	Órgano encargado de la acusación	69	26
xiii)	Entrega del imputado al tribunal	70	26
xiv)	Proceso	71-73	26
xv)	Penas	74	26
xvi)	Reglamento	75	26
xvii)	Financiación del tribunal	76	27
b)	Restablecimiento del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	77-78	27
c)	Resultados de los trabajos del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	79-88	27
d)	Homenaje a los Presidentes de los sucesivos grupos de trabajo	89	28
e)	Recomendación de la Comisión	90	28
f)	Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	91	28
	Comentario sobre el preámbulo		28

* Distribuido inicialmente como *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 10.*

Página

PRIMERA PARTE.—DE LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL

Artículo 1.—Del Tribunal 28
Comentario 29
Artículo 2.—De la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas 29
Comentario 29
Artículo 3.—De la sede del Tribunal 30
Comentario 30
Artículo 4.—De la condición y capacidad jurídicas del Tribunal 30
Comentario 30

SEGUNDA PARTE.—DE LA COMPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL TRIBUNAL

Artículo 5.— De los órganos del Tribunal 31
Comentario 31
Artículo 6.— De las condiciones que han de reunir los jueces y de su elección 31
Comentario 31
Artículo 7.— De la provisión de vacantes 32
Comentario 32
Artículo 8.— De la Presidencia 32
Comentario 32
Artículo 9.— De las Salas 33
Comentario 33
Artículo 10.—De la independencia de los jueces 34
Comentario 34
Artículo 11.—De la excusa y recusación de los jueces 34
Comentario 35
Artículo 12.—De la Fiscalía 35
Comentario 35
Artículo 13.—De la Secretaría 36
Comentario 36
Artículo 14.—De la promesa solemne 36
Comentario 36
Artículo 15.—De la separación del cargo 36
Comentario 36
Artículo 16.—De los privilegios e inmunidades 36
Comentario 37
Artículo 17.—De los estipendios y gastos 37
Comentario 37
Artículo 18.—De los idiomas de trabajo 37
Comentario 37
Artículo 19.—Del reglamento del Tribunal 37
Comentario 38

TERCERA PARTE.—DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Comentario 38
Artículo 20.—De los crímenes que son de la competencia del Tribunal 40
Comentario 40
Artículo 21.—De las condiciones previas al ejercicio de la jurisdicción por el Tribunal 44
Comentario 44
Artículo 22.—De la aceptación de la jurisdicción del Tribunal a los efectos del artículo 21 45
Comentario 45
Artículo 23.—De la intervención del Consejo de Seguridad 46
Comentario 46
Artículo 24.—De las obligaciones del Tribunal en materia de competencia 48
Comentario 48

CUARTA PARTE.—DE LA INSTRUCCIÓN Y DEL PROCESO PENAL

Artículo 25.—De la denuncia 48
Comentario 48
Artículo 26.—De la investigación de los presuntos crímenes 49
Comentario 49
Artículo 27.— Del inicio del proceso penal 50
Comentario 51
Artículo 28.—De la detención 52
Comentario 52
Artículo 29.—De la prisión provisional o la libertad provisional 52
Comentario 52
Artículo 30.— De la notificación de la acusación 53
Comentario 53
Artículo 31.—Colaboradores a disposición del Fiscal 54
Comentario 54

QUINTA PARTE.—DEL JUICIO

Artículo 32.—Del lugar de celebración del juicio 54
Comentario 54

Página

Artículo 33 —Del derecho aplicable 54
Comentario 55
Artículo 34 —De la impugnación de la competencia 55
Comentario 55
Artículo 35 —De las cuestiones de admisibilidad 55
Comentario 56
Artículo 36 —Del procedimiento aplicable en el caso de los artículos 34 y 35 56
Comentario 56
Artículo 37 —De la presencia del acusado en el juicio 56
Comentario 57
Artículo 38 —De las funciones y los poderes de la Sala de Primera Instancia 58
Comentario 58
Artículo 39 —Del principio de legalidad *(nullum crimen sine lege)* 59
Comentario 59
Artículo 40 —De la presunción de inocencia 59
Comentario 59
Artículo 41 —De los derechos del acusado 60
Comentario 60
Artículo 42 —*Non bis in idem* 61
Comentario 61
Artículo 43 —De la protección del procesado, las víctimas y los testigos 62
Comentario 62
Artículo 44 —De las declaraciones testimoniales 62
Comentario 62
Artículo 45 —Del quórum y la sentencia 63
Comentario 63
Artículo 46 —De la imposición de la pena 63
Comentario 64
Artículo 47 —De las penas aplicables 64
Comentario 64

SEXTA PARTE —DE LA APELACIÓN Y LA REVISIÓN

Artículo 48 —De la apelación contra las sentencias o las penas 65
Comentario 65
Artículo 49 —Del procedimiento de apelación 65
Comentario 65
Artículo 50 —De la revisión 66
Comentario 66

SÉPTIMA PARTE —DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL

Artículo 51 —De la cooperación y la asistencia judicial 66
Comentario 67
Artículo 52 —De las medidas cautelares 67
Comentario 67
Artículo 53 —Del traslado del inculpado para ponerlo a disposición del Tribunal 67
Comentario 68
Artículo 54 —De la obligación de conceder la extradición o de sustanciar un proceso penal 69
Comentario 69
Artículo 55 —Del principio de especialidad 70
Comentario 70
Artículo 56 —De la cooperación con los Estados que no sean partes en el Estatuto 70
Comentario 70
Artículo 57 —De las comunicaciones y de la documentación 70
Comentario 70

OCTAVA PARTE —DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

Artículo 58 —Del reconocimiento de las sentencias 71
Comentario 71
Artículo 59 —De la ejecución de las penas 71
Comentario 71
Artículo 60 —Del indulto, la libertad condicional o la conmutación de penas 71
Comentario 72

ANEXO —Crímenes definidos o previstos en tratados 72
Comentario 73
Apéndice I —Posibles cláusulas de un tratado en que se incluya el proyecto de estatuto 74
Apéndice II —Disposiciones pertinentes de los tratados mencionados en el anexo 74
Apéndice III —Esbozo de las posibles modalidades para el establecimiento de relaciones entre un tribunal penal internacional permanente y las Naciones Unidas 78

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
	2. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad	92-209	79
III.	EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN	210-222	94
	A. Introducción	210-218	94
	B. Recomendación de la Comisión	219	95
	C. Homenaje al Relator Especial, Sr. Robert Rosenstock	220-221	95
	D. Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas	222	95
	PRIMERA PARTE.—INTRODUCCIÓN		
	Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos		95
	Comentario		95
	Artículo 2.—Términos empleados		96
	Comentario		96
	Artículo 3.—Acuerdos de curso de agua		98
	Comentario		98
	Artículo 4.—Partes en acuerdos de curso de agua		102
	Comentario		102
	SEGUNDA PARTE.—PRINCIPIOS GENERALES		
	Artículo 5.—Utilización y participación equitativas y razonables		103
	Comentario		103
	Artículo 6.—Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable		108
	Comentario		108
	Artículo 7.—Obligación de no causar daños sensibles		109
	Comentario		110
	Artículo 8.—Obligación general de cooperación		113
	Comentario		113
	Artículo 9.—Intercambio regular de datos e información		114
	Comentario		115
	Artículo 10.—Relación entre las diferentes clases de usos		117
	Comentario		117
	TERCERA PARTE.—MEDIDAS PROYECTADAS		
	Artículo 11.—Información sobre las medidas proyectadas		118
	Comentario		118
	Artículo 12.—Notificación de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial		119
	Comentario		119
	Artículo 13.—Plazo para responder a la notificación		121
	Comentario		121
	Artículo 14.—Obligaciones del Estado notificante durante el plazo de respuesta		122
	Comentario		122
	Artículo 15.—Respuesta a la notificación		122
	Comentario		122
	Artículo 16.—Falta de respuesta a la notificación		123
	Comentario		123
	Artículo 17.—Consultas y negociaciones sobre las medidas proyectadas		123
	Comentario		124
	Artículo 18.—Procedimientos aplicables a falta de notificación		124
	Comentario		125
	Artículo 19.—Ejecución urgente de las medidas proyectadas		125
	Comentario		126
	CUARTA PARTE.—PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y GESTIÓN		
	Artículo 20.—Protección y preservación de los ecosistemas		126
	Comentario		126
	Artículo 21.—Prevención, reducción y control de la contaminación		129
	Comentario		129
	Artículo 22.—Introducción de especies extrañas o nuevas		132
	Comentario		132
	Artículo 23.—Protección y preservación del medio marino		133
	Comentario		133
	Artículo 24.—Gestión		133
	Comentario		134
	Artículo 25.—Regulación		135
	Comentario		135
	Artículo 26.—Instalaciones		136
	Comentario		136
	QUINTA PARTE.—EFECTOS NOCIVOS Y CASOS DE URGENCIA		
	Artículo 27.—Medidas para prevenir y atenuar los efectos nocivos		137
	Comentario		137

Capítulo			*Página*
	Artículo 28.—Casos de urgencia		138
	Comentario		138
	SEXTA PARTE.—DISPOSICIONES DIVERSAS		
	Artículo 29.—Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado		140
	Comentario		140
	Artículo 30.—Procedimientos indirectos		140
	Comentario		141
	Artículo 31.—Datos e información vitales para la defensa y la seguridad nacionales		141
	Comentario		141
	Artículo 32.—No discriminación		141
	Comentario		141
	Artículo 33.—Solución de controversias		142
	Comentario		143
	Resolución sobre las aguas subterráneas transfronterizas		144
		Párrafos	
IV.	RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS	223-353	145
	A. Introducción	223-228	145
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	229-353	145
	1. La cuestión de las consecuencias de actos calificados de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos	230-346	146
	a) La distinción entre crímenes y delitos establecida en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos	234-260	146
	i) El concepto de crimen	234-236	146
	ii) La cuestión del fundamento jurídico y político del concepto de crimen	237-238	146
	iii) El tipo de responsabilidad que implican las infracciones calificadas de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos	239-245	147
	iv) Necesidad de un concepto de crimen: otros enfoques posibles	246-251	148
	v) La definición del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos	252-260	149
	b) Cuestiones suscitadas y preguntas formuladas por el Relator Especial en sus informes quinto y sexto que consideró pertinentes para la elaboración de un régimen de responsabilidad criminal de los Estados	261-319	150
	i) ¿Quién determinará que se ha cometido un crimen?	261-266	150
	ii) Las posibles consecuencias de la determinación de la existencia de un crimen	267-288	151
	a. Consecuencias sustantivas	268-274	151
	b. Consecuencias instrumentales (contramedidas)	275-288	152
	iii) Las consecuencias punitivas del concepto de crimen	289-295	153
	iv) El papel de las Naciones Unidas en la determinación de la existencia y de las consecuencias de un crimen	296-314	154
	v) Posible exclusión de los crímenes del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre circunstancias que excluyen la ilicitud	315-316	157
	vi) La obligación general de no reconocer las consecuencias de un crimen	317-318	157
	vii) La obligación general de no ayudar a un Estado «criminal»	319	157
	c) Las vías de actuación abiertas a la Comisión	320-324	157
	d) Conclusiones del Relator Especial sobre el debate	325-343	158
	e) Opiniones expresadas después de formular el Relator Especial sus conclusiones sobre el debate	344-346	161
	2. Disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas, tal como se prevén hasta ahora en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados	347-353	161
V.	RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL	354-380	162
	A. Introducción	354-359	162
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	360-379	163
	1. Proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 45.° y 46.° de la Comisión	360-361	163
	2. Décimo informe del Relator Especial	362-379	163
	a) La prevención *ex post facto*	364-365	163
	b) La responsabilidad de los Estados	366-378	164
	i) Relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil	367-369	164
	ii) La responsabilidad civil	370-378	165
	a. Responsabilidad del explotador	371	165
	b. Obligación de tomar seguro	372	166
	c. Tribunal competente	373	166
	d. Aplicación de la ley nacional sin discriminación	374	166
	e. Causalidad	375	167
	f. Ejecutoriedad de la sentencia	376	167
	g. Exenciones de responsabilidad	377	167
	h. Prescripción	378	167
	c) Procedimiento	379	168

Capítulo		*Párrafo*	*Página*
C.	Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional	380	168
	1. Texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el presente en primera lectura		168
	2. Texto y comentarios de los proyectos de artículos 1, 2 (párrafos *a*, *b* y *c*), 11 a 14 *bis* [20 *bis*], 15 a 16 *bis* y 17 a 20, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 46.º período de sesiones		169
	Comentario general		169
	[Capítulo I.—Disposiciones generales]		170
	Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos		170
	Comentario		170
	Artículo 2.—Términos empleados		173
	Comentario		174
	[Capítulo II.—Prevención]		175
	Artículo 11.—Autorización previa		175
	Comentario		175
	Artículo 12.—Determinación del riesgo		176
	Comentario		176
	Artículo 13.—Actividades no autorizadas		177
	Comentario		177
	Artículo 14.—Medidas para prevenir o aminorar el riesgo		178
	Comentario		178
	Artículo 14 *bis* [20 *bis*].—No transferencia del riesgo		180
	Comentario		180
	Artículo 15.—Notificación e información		181
	Comentario		181
	Artículo 16.—Intercambio de información		182
	Comentario		182
	Artículo 16 *bis*.—Información al público		183
	Comentario		183
	Artículo 17.—Seguridad nacional y secretos industriales		184
	Comentario		184
	Artículo 18.—Consultas sobre medidas preventivas		184
	Comentario		184
	Artículo 19.—Derechos del Estado que puede verse afectado		186
	Comentario		186
	Artículo 20.—Factores de un equilibrio equitativo de intereses		187
	Comentario		187
		Párrafos	
VI.	OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN	381-417	189
A.	La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados	381	189
B.	La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas	382	189
C.	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	383-401	189
	1. Planificación de las actividades para el resto del quinquenio	386-389	189
	2. Contribución de la Comisión de Derecho Internacional al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional	390-393	190
	3. Documentación de la Comisión	394-398	190
	4. Métodos de trabajo	399-400	191
	5. Duración del próximo período de sesiones	401	191
D.	Cooperación con otros organismos	402-404	191
E.	Fecha y lugar del 47.º período de sesiones	405	191
F.	Representación en el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General y en el Congreso de Derecho Internacional Público (Nueva York, 13 a 17 de marzo de 1995)	406	191
G.	Seminario de derecho internacional	407-417	192

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CEPE	Comisión Económica para Europa
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ILA	Asociación de Derecho Internacional *(International Law Association)*
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMI	Organización Marítima Internacional
OMM	Organización Meteorológica Mundial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
SDN	Sociedad de las Naciones
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones

*
* *

Documento A/5409	«Problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales», Informe del Secretario General, reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 37
Documento A/CN.4/274	«Problemas jurídicos relativos a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación», informe suplementario presentado por el Secretario General, reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 291
AJIL	*American Journal of International Law*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
ILM	*International Legal Materials*, Washington (D.C.)
Naciones Unidas, *Recueil...*	Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*
Naciones Unidas, *Textes législatifs...*	Naciones Unidas, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation* (N.° de venta: 63.V.4), 1.ª parte
RGDIP	*Revue générale de droit international public*

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

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

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

INSTRUMENTOS MULTILATERALES CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

	Fuente
DERECHOS HUMANOS	
Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, pág. 296.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)	*Ibid.*, vol. 213, pág. 221. En español, véase *Boletín Oficial del Estado*, N.° 243, España, 10 de octubre de 1979.
Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	*Ibid.*, vol. 660, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	*Ibid.*, vol. 999, pág. 241.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	*Ibid.*, vol. 993, pág. 3.
Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad	*Ibid.*, vol. 754, pág. 73.
Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	*Ibid.*, vol. 1015, pág. 266.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 51*, resolución 39/46, anexo.
PRIVILEGIOS E INMUNIDADES, RELACIONES DIPLOMÁTICAS	
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 162.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	*Ibid.*, vol. 1035, pág. 191.
DERECHO DE LOS TRATADOS	
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados	*Ibid.*, vol. 1155, pág. 443.
DERECHO APLICABLE EN LOS CONFLICTOS ARMADOS	
Convenciones relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907)	J. B. Scott, ed., *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 100.
Tratado de Versalles (Versalles, 28 de junio de 1919)	G. F. de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, 3.ª serie, vol. XI, Leipzig, Weicher, 1923, pág. 323,
Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (Ginebra, 17 de junio de 1925)	SDN, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, pág. 65. En español, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 342.

	Fuente
Tratado de paz con Italia (París, 10 de febrero de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 49, pág. 3.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, págs. 31 y ss. En español, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	*Manual...*, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	*Ibid.*, págs. 47 y ss.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)	*Ibid.*, págs. 68 y ss.
Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	*Ibid.*, págs. 138 y ss.
Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados (Protocolos I y II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1125, págs. 214 y ss. *Manual...*, págs. 217 y ss.
Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y Protocolo (La Haya, 14 de mayo de 1954)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 249, pág. 293. *Manual...*, págs. 370 y ss.
Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, el financiamiento y la instrucción de mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 49*, resolución 44/34, anexo.
ARREGLO DE DIFERENCIAS	
Convenciones para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales (La Haya, 29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907)	J. B. Scott, ed., *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 41.
DESARME	
Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción (Londres, Moscú y Washington, 10 de abril de 1972)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1015, p. 180.
Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976)	*Ibid.*, vol. 1108, pág. 175.
Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	*Ibid.*, vol. 1342, pág. 196.
TERRORISMO	
Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1316, pág. 131.

	Fuente
MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES	
Convenio y Protocolo entre Suiza, el Gran Ducado de Baden y Alsacia-Lorena estableciendo disposiciones uniformes sobre la pesca en el Rin y sus afluentes, incluido el lago Constanza (Lucerna, 18 de mayo de 1887)	Suiza, Cancillería federal, *Recueil systématique des lois et ordonnances 1848-1947*, vol. 14, pág. 248. Véase también Naciones Unidas, Serie legislativa, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation* (ST/LEG/SER.B/12) (N.º de venta: 63.V.4), tratado N.º 113, pág. 397.
Convención y estatuto sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional (Barcelona, 20 de abril de 1921)	SDN, *Recueil des Traités*, vol. VII, p. 35.
Convención estableciendo el estatuto definitivo del Danubio (París, 23 de julio de 1921)	*Ibid.*, vol. XXVI, pág. 173.
Convención relativa al ordenamiento de fuerzas hidráulicas de interés para varios Estados (Ginebra, 9 de diciembre de 1923)	*Ibid.*, vol. XXXVI, pág. 75.
Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América [Washington (D.C.), 12 de octubre de 1940]	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 161, p. 206.
Convención entre la República Federal de Alemania, Francia y el Gran Ducado de Luxemburgo relativa a la canalización del Mosela (Luxemburgo, 27 de octubre de 1956)	República Federal de Alemania, Ministerio Federal de Justicia, *Bundesgesetzblatt*, 1956, 2.ª parte, N.º 36, p. 1838. Véase también Naciones Unidas, Serie legislativa, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation* (ST/LEG/SER.B/12) (N.º de venta: 63.V.4), tratado N.º 123, pág. 424.
Acuerdo relativo a la regulación del régimen del lago Inari por medio de la central eléctrica y el embalse de Kaitakoski (Moscú, 29 de abril de 1959)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 346, pág. 167.
Convención sobre la protección de las aguas del lago Constanza contra la contaminación (Steckborn, 27 de octubre de 1960)	Suiza, *Feuille fédérale de la Confédération suisse*, 113e année, 1961, vol. I, p. 1171. Véase también Naciones Unidas, Serie legislativa, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation* (ST/LEG/SER.B/12) (N.º de venta: 63.V.4), tratado N.º 127, pág. 438.
Acta relativa a la navegación y a la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger (Niamey, 26 de octubre de 1963)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 587, pág. 9.
Convención y Estatutos relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad (Fort-Lamy, 22 de mayo de 1964)	Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.— Afrique*, Ressources naturelles/Série eau n° 13 (N.º de venta: E/F.84.II. A.7), pág. 8.

	Fuente
Acuerdo sobre la Comisión del río Níger y sobre la navegación y transporte por el río Níger (Niamey, 25 de noviembre de 1964)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 587, pág. 19.
Acuerdo (con protocolo final) que regula la toma de agua del lago Constanza (Berna, 30 de abril de 1966)	*Ibid.*, vol. 620, pág. 191.
Convención africana para la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales	*Ibid.*, vol. 1001, pág. 3.
Tratado de la cuenca del Río de la Plata (Brasilia, 23 de abril de 1969)	*Ibid.*, vol. 875, pág. 7.
Convención relativa al estatuto del río Senegal y Convención para crear la Organización para el aprovechamiento del río Senegal (Nuakchott, 11 de marzo de 1972)	Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.— Afrique*, Ressources naturelles/Série eau n° 13 (N.° de venta: E/F.84. II.A.7), págs. 16 y 21.
Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (París, 16 de noviembre de 1972)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1037, pág. 151.
Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias [Londres, México, Moscú y Washington (D.C.), 29 de diciembre de 1972]	*Ibid.*, vol. 1046, pág. 122.
Convención para crear un Comité permanente interestatal de lucha contra la sequía en el Sahel (Ouagadougou, 12 de setiembre de 1973)	Doc. A/9178.
Convención y Protocolo relativos a la protección del medio ambiente (Estocolmo, 19 de febrero de 1974)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1092, pág. 279.
Convención sobre la protección del medio marino en la zona del mar Báltico (Helsinki, 22 de marzo de 1974)	PNUMA, *Recueil de traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie referencias 3, Nairobi, 1982, pág. 416.
Convenio sobre la prevención de la contaminación marina desde fuentes terrestres (París, 4 de junio de 1974).	*Ibid.*, pág. 446.
Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación (Barcelona, 16 de febrero de 1976)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1102, pág. 27.
Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación química (Bonn, 3 de diciembre de 1976)	*Ibid.*, vol. 1124, pág. 375.
Acuerdo para crear la Organización para el ordenamiento y el desarrollo de la cuenca del río Kagera (Rusumo, 24 de agosto de 1977)	*Ibid.*, vol. 1089, pág. 165.
Convención regional de Kuwait para la cooperación con miras a la protección del medio marino contra la contaminación (Kuwait, 24 de abril de 1978)	*Ibid.*, vol. 1140, pág. 133.
Convención relativa al estatuto del río Gambia y Convención sobre la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del Gambia (Kaolack, 30 de junio de 1978)	Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.— Afrique*, Ressources naturelles/Série eau n° 13 (N.° de venta: E/F.84. II.A.7), págs. 39 y 42.
Tratado de cooperación amazónica (Brasilia, 3 de julio de 1978)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1202, pág. 58.
Convención relativa a la conservación de la vida salvaje en el medio natural en Europa (Berna, 19 de setiembre de 1979)	Consejo de Europa, *Série des Traités européens*, N.° 104.

	Fuente
Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)	Doc. E/ECE/100. Véase también PNUMA, *Recueil de traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie referencias 3, Nairobi, 1982, pág. 536.
Protocolo relativo a la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de fuentes terrestres (Atenas, 17 de mayo de 1980)	UICN, *Droit international de l'environnement.— Traités multilatéraux*, t. V, Erich Schmidt Verlag, Berlín, pág. 980: 37/1.
Convención sobre la creación de la Autoridad de la cuenca del Níger (Faranah, 21 de noviembre de 1980)	Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.— Afrique*, Ressources naturelles/Série eau n° 13 (N.° de venta: E/F.84. II.A.7), pág. 56.
Convención relativa a la cooperación en materia de protección y del aprovechamiento del medio marino y de las zonas costeras de la región de África Occidental y Central (Abidjan, 23 de marzo de 1981)	Doc. UNEP/IG.22/7.
Convención regional sobre la conservación del medio ambiente en el mar Rojo y en el golfo de Adén (Jeddah, 14 de febrero de 1982)	UICN, *Droit international de l'environnement.— Traités multilatéraux*, t. V, Erich Schmidt Verlag, Berlín, pág. 982:13.
Convención de Viena para la protección de la capa de ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Reino Unido), 1991, vol. 2, pág. 301. PNUMA, Nairobi, 1985.
Acuerdo de 1985 de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales	UICN, *Droit international de l'environnement.— Traités multilatéraux*, t. VI, Erich Schmidt Verlag, Berlín, pág. 985:51.
Convención sobre la protección de los recursos naturales y del medio ambiente en la región del Pacífico Sud (Numea, 25 de noviembre de 1986)	*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 26, N.° 1, enero 1987, pág. 38.
Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono (Montreal, 16 de setiembre de 1987)	PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Reino Unido), 1991, vol. 2, pág. 309. PNUMA, 1987.
Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos (Wellington, 2 de junio de 1988)	*Revue générale de droit international public* (París), t. 93, 1989, N.° 1, pág. 182.
Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Reino Unido), 1991, vol. 2, pág. 449. PNUMA, documento UNEP/IG.80/3.

	Fuente
Convenio internacional sobre la preparación, la lucha y la cooperación en materia de contaminación por hidrocarburos (Londres, 30 de noviembre de 1990)	*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 30, N.° 3, mayo 1991, pág. 735.
Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Doc. E/ECE/1250, 1991.
Protocolo del Tratado Antártico sobre la protección del medio ambiente (Madrid, 4 de octubre de 1991)	UICN, *Droit international de l'environnement.— Traités multilatéraux*, t. VII, Erich Schmidt Verlag, Berlín, pág. 991: 74/1.
Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 31, N.° 6, noviembre 1992, pág. 1313.
Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	*Ibid.*, pág. 1335.
Convenio marco de las Naciones Unidas sobre los cambios climáticos (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	*Ibid.*, N.° 4, julio de 1992, pág. 851.
Convención sobre la diversidad biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	*Ibid.*, pág. 822.
Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados por actividades peligrosas para el medio ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993)	Consejo de Europa, *Série des Traités européens*, N.° 150.
ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS	
Convención sobre las sustancias sicotrópicas (Viena, 21 de febrero de 1971)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1019, pág. 230.
Convención única sobre los estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de modificación de 25 de marzo de 1972 (Nueva York, 8 de agosto de 1975)	*Ibid.*, vol. 976, pág. 259.
Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Doc. E/CONF.82/15 y Corr. 1.
AVIACIÓN CIVIL	
Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 704, pág. 242.
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	*Ibid.*, vol. 860, pág. 123.
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de setiembre de 1971)	*Ibid.*, vol. 974, pág. 198.
DERECHO DEL MAR	
Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958)	*Ibid.*, vol. 516, pág. 241.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	*Ibid.*, vol. 450, pág. 115.
Convenio sobre la pesca y la conservación de los recursos biológicos de alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	*Ibid.*, vol. 559, pág. 285.
Convenio sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	*Ibid.*, vol. 499, pág. 311.

	Fuente
Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.
Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10 de marzo de 1988)	OMI, Convención N.° 19. 1988.
Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas ubicadas sobre la plataforma continental (Roma, 10 de marzo de 1988)	*Ibid.*
RESPONSABILIDAD	
Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 29 de julio de 1960) y	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 956, pág. 251.
Protocolo adicional (París, 28 de enero de 1964)	*Ibid.*, pág. 325.
Convenio relativo a la responsabilidad de los explotadores de navíos nucleares (Bruselas, 25 de mayo de 1962)	OIEA, *Conventions internationales relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, Collection juridique 4, éd. rev., Viena, 1976, pág. 34.
Convención complementaria del Convenio de París de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (Bruselas, 31 de enero de 1963)	*Ibid.*, pág. 43.
Convención de Viena sobre la responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1063, pág. 299.
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales [Londres, Moscú y Washington (D.C.), 29 de marzo de 1972]	*Ibid.*, vol. 961, pág. 212.
Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos (Londres, 17 de diciembre de 1976)	PNUMA, *Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie referencias 3, Nairobi, 1982, pág. 491.
Convenio sobre la pronta notificación de accidentes nucleares (Viena, 26 de setiembre de 1986)	OIEA, *Colección jurídica*, N.° 14, Viena, 1987, pág. 1.
Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD) (Ginebra, 10 de octubre de 1989)	Publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: F.90.II.E.39.
TELECOMUNICACIONES	
Convención internacional sobre radiotelegrafía [Washington (D.C.), 27 de noviembre de 1927]	SDN, *Recueil des Traités*, vol. LXXXIV, pág. 97.
Convención internacional relativa al empleo de la radiodifusión en beneficio de la paz (Ginebra, 23 de setiembre de 1936)	*Ibid.*, vol. CLXXXVI, pág. 301.

Capítulo I

ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

1. La Comisión de Derecho Internacional, creada en virtud de la resolución 174 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947, celebró, de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, anexo a esa resolución y modificado posteriormente, su 46.° período de sesiones en su sede permanente, en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, del 2 de mayo al 22 de julio de 1994. El período de sesiones fue abierto por el Sr. Gudmundur Eiriksson, vicepresidente del 45.° período de sesiones.

A.—Composición de la Comisión

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Husain AL-BAHARNA (Bahrein)
Sr. Awn AL-KHASAWNEH (Jordania)
Sr. Gaetano ARANGIO-RUIZ (Italia)
Sr. Julio BARBOZA (Argentina)
Sr. Mohamed BENNOUNA (Marruecos)
Sr. Derek William BOWETT (Reino Unido)
Sr. Carlos CALERO RODRIGUES (Brasil)
Sr. James CRAWFORD (Australia)
Sr. John de SARAM (Sri Lanka)
Sr. Gudmundur EIRIKSSON (Islandia)
Sr. Nabil ELARABY (Egipto)
Sr. Salifou FOMBA (Malí)
Sr. Mehmet GUNEY (Turquía)
Sr. Qizhi HE (China)
Sr. Kamil IDRIS (Sudán)
Sr. Andreas JACOVIDES (Chipre)
Sr. Peter KABATSI (Uganda)
Sr. Mochtar KUSUMA-ATMADJA (Indonesia)
Sr. Ahmed MAHIOU (Argelia)
Sr. Vaclav MIKULKA (República Checa)
Sr. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA (Gabón)
Sr. Alain PELLET (Francia)
Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO (India)
Sr. Edilbert RAZAFINDRALAMBO (Madagascar)
Sr. Patrick Lipton ROBINSON (Jamaica)
Sr. Robert ROSENSTOCK (Estados Unidos)
Sr. Alberto SZEKELY (México)
Sr. Doudou THIAM (Senegal)
Sr. Christian TOMUSCHAT (Alemania)
Sr. Edmundo VARGAS CARREÑO (Chile)
Sr. Vladlen VERESHCHETIN (Federación de Rusia)
Sr. Francisco VILLAGRÁN KRAMER (Guatemala)
Sr. Chusei YAMADA (Japón)
Sr. Alexander YANKOV (Bulgaria).

3. El Sr. Nabil Elaraby (Egipto) y el Sr. Qizhi He (China) fueron elegidos en la 2331.ª sesión de la Comisión, celebrada el 5 de mayo de 1994, para cubrir las vacantes imprevistas creadas en la Comisión por la elección del Sr. Abdul Koroma y el Sr. Jiuyong Shi como miembros de la Corte Internacional de Justicia.

B.—Mesa

4. En su 2328.ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 1994, la Comisión eligió las siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Vladlen Vereshchetin

Primer Vicepresidente: Sr. Chusei Yamada

Segundo Vicepresidente: Sr. Francisco Villagrán Kramer

Presidente del Comité de Redacción: Sr. Derek William Bowett

Relator: Sr. Peter Kabatsi.

5. La Mesa Ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa, los miembros de la Comisión que presidieron ésta anteriormente[1] y los Relatores Especiales[2]. Presidió la Mesa Ampliada el Presidente de la Comisión. Por recomendación de la Mesa Ampliada, la Comisión, en su 2330.ª sesión celebrada el 4 de mayo de 1994, constituyó para el período de sesiones un Grupo de Planificación encargado de examinar el programa, los procedimientos y los métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación, y de informar al respecto a la Mesa Ampliada. El Grupo de Planificación estuvo integrado por los miembros siguientes: Sr. Chusei Yamada (Presidente), Sr. Awn Al-Khasawneh, Sr. Mohamed Bennouna, Sr. Carlos Calero Rodrigues, Sr. John de Saram, Sr. Gudmundur Eiriksson, Sr. Salifou Fomba, Sr. Mehmet Güney, Sr. Andreas Jacovides, Sr. Mochtar

[1] O sea el Sr Julio Barboza, el Sr. Doudou Thiam, el Sr Christian Tomuschat y el Sr Alexander Yankov

[2] O sea el Sr Gaetano Arangio-Ruiz, el Sr Julio Barboza, el Sr. Robert Rosenstock y el Sr Doudou Thiam

Kusuma-Atmadja, Sr. Ahmed Mahiou, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Sr. Edilbert Razafindralambo, Sr. Robert Rosenstock, Sr. Doudou Thiam, Sr. Christian Tomuschat, Sr. Edmundo Vargas Carreño, Sr. Vladlen Vereshchetin y Sr. Alexander Yankov. El Sr. Alain Pellet fue miembro *ex officio*, como Presidente del Grupo de Trabajo encargado de examinar la contribución de la Comisión al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional[3].

6. El Grupo no era de composición limitada y podían asistir a sus sesiones otros miembros de la Comisión.

C.—Comité de Redacción

7. En su 2331.ª sesión, celebrada el 5 de mayo de 1994, la Comisión acordó que, para el tema «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación», formarían parte del Comité de Redacción el Sr. Derek William Bowett (Presidente), el Sr. Husain Al-Baharna, el Sr. Carlos Calero Rodrigues, el Sr. Salifou Fomba, el Sr. Mehmet Güney, el Sr. Kamil Idris, el Sr. Peter Kabatsi, el Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda, el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, el Sr. Alberto Szekely, el Sr. Francisco Villagrán Kramer, el Sr. Chusei Yamada y el Sr. Alexander Yankov. El Sr. Robert Rosenstock participó en calidad de Relator Especial encargado del tema.

8. El Comité de Redacción mantuvo la misma composición para el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional». El Sr. Julio Barboza participó en su calidad de Relator Especial encargado del tema.

9. También en su 2331.ª sesión, la Comisión acordó que, para el tema «Responsabilidad de los Estados», el Comité de Redacción estaría integrado por el Sr. Derek William Bowett (Presidente), el Sr. Awn Al-Khasawneh, el Sr. Carlos Calero Rodrigues, el Sr. James Crawford, el Sr. John de Saram, el Sr. Gudmundur Eiriksson, el Sr. Nabil Elaraby, el Sr. Peter Kabatsi, el Sr. Mochtar Kusuma-Atmadja, el Sr. Vaclav Mikulka, el Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda, el Sr. Alain Pellet, el Sr. Robert Rosenstock y el Sr. Christian Tomuschat. El Sr. Gaetano Arangio-Ruiz participó en su calidad de Relator Especial encargado del tema.

10. El Sr. Peter Kabatsi participó en la labor del Comité de Redacción en su calidad de Relator de la Comisión.

D.—Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional

11. En su 2331.ª sesión, celebrada el 5 de mayo de 1994, la Comisión estableció de nuevo su Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, teniendo presente el deseo expresado en el párrafo 6 de la resolución 48/31 de la Asamblea General, y nombró al Sr. James Crawford Presidente del Grupo de Trabajo.

12. En su 2332.ª sesión, celebrada también el 5 de mayo de 1994, la Comisión aprobó para el Grupo de Trabajo la siguiente composición: Sr. James Crawford (Presidente), Sr. Husain Al-Baharna, Sr. Awn Al-Khasawneh, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Sr. Mohamed Bennouna, Sr. Derek William Bowett, Sr. Carlos Calero Rodrigues, Sr. John de Saram, Sr. Gudmundur Eiriksson, Sr. Salifou Fomba, Sr. Mehmet Güney, Sr. Qizhi He, Sr. Kamil Idris, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Sr. Edilbert Razafindralambo, Sr. Patrick Lipton Robinson, Sr. Robert Rosenstock, Sr. Christian Tomuschat, Sr. Vladlen Vereshchetin, Sr. Francisco Villagrán Kramer y Sr. Alexander Yankov. El Sr. Doudou Thiam participó en su calidad de Relator Especial encargado del tema «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad». El Sr. Peter Kabatsi participó en su calidad de Relator de la Comisión. El Grupo de Trabajo estuvo abierto a cualquier miembro que deseara participar.

E.—Secretaría

13. El Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto, Asesor Jurídico, asistió al período de sesiones y representó al Secretario General. La Sra. Jacqueline Dauchy, Directora de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, actuó de Secretaria de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Manuel Rama-Montaldo, Oficial Jurídico Superior, actuó de Secretario Ayudante Superior de la Comisión; la Sra. Mahnoush H. Arsanjani y el Sr. Mpazi Sinjela, Oficiales Jurídicos, y la Sra. Virginia Morris, Oficial Jurídico Asociado, desempeñaron las funciones de Secretarios Ayudantes de la Comisión.

F.—Programa

14. En su 2328.ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 1994, la Comisión aprobó el programa del 46.º período de sesiones, con los siguientes temas:

1. Nombramientos para cubrir las vacantes producidas en la Comisión (artículo 11 del Estatuto)
2. Organización de los trabajos del período de sesiones
3. Responsabilidad de los Estados
4. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad
5. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.
6. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.
7. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación
8. Cooperación con otros organismos
9. Fecha y lugar de celebración del 47.º período de sesiones
10. Otros asuntos

15. La Comisión examinó todos los temas de su programa. Celebró 50 sesiones públicas (2328.ª a 2377.ª) y, además, el Comité de Redacción de la Comisión celebró 22 sesiones, el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional 27 sesiones, la Mesa Ampliada de la Comisión 3 sesiones y el Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada 3 sesiones.

[3] Proclamado por resolución 44/23 de la Asamblea General

G.—Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 46.º período de sesiones

16. En su 46.° período de sesiones, la Comisión logró progresos importantes en dos temas de su programa: aprobó un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional compuesto de 60 artículos con los comentarios correspondientes (véase el cap. II) y concluyó el examen del tema «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación», aprobando en segunda lectura un conjunto completo de artículos (véase el cap. III).

17. En el marco de los trabajos sobre el tema «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», la Comisión estableció de nuevo el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y le confió la tarea de examinar el texto elaborado el año anterior[4]. La Comisión recibió del Grupo de Trabajo tres informes, el último de los cuales contenía el texto de un proyecto de estatuto acompañado de comentarios (A/CN.4/L.491/Rev.2 y Corr.1 y Add.1 a 3)[5]. La Comisión aprobó el proyecto de estatuto y los comentarios referidos a sus 60 artículos. Decidió recomendar a la Asamblea General que convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinase el proyecto de estatuto y concertara una convención sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional[6].

18. En el marco del mismo tema, la Comisión inició la segunda lectura del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en primera lectura en su 43.° período de sesiones[7]. Tuvo ante sí el duodécimo informe del Relator Especial, Sr. Doudou Thiam (A/CN.4/460 y Corr.1), que abarcaba los proyectos de artículos 1 a 15[8]. Tras examinar estos artículos en sesión plenaria, la Comisión los remitió al Comité de Redacción[9].

19. La Comisión examinó el tema «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación» en base al segundo informe del Relator Especial, Sr. Robert Rosenstock [A/CN.4/462 y Corr.1 (éste en español solamente)][10]. El informe contenía, además de unas pocas enmiendas a los artículos aprobados en segunda lectura por el Comité de Redacción en el período de sesiones anterior[11], nuevos textos propuestos por el Relator Especial para los artículos aún no examinados por el Comité de Redacción, a saber, los artículos 7 y 11 a 32, así como un nuevo proyecto de artículo sobre la solución de controversias. La Comisión remitió esos proyectos de artículos al Comité de Redacción. En base a las recomendaciones del Comité de Redacción, aprobó en segunda lectura un conjunto completo de proyectos de artículos sobre el tema y una resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas[12]. También decidió recomendar a la Asamblea General el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas[13] y recomendar la elaboración de una convención por la Asamblea o por una conferencia internacional de plenipotenciarios, en base al proyecto de artículos[14].

20. Por lo que respecta al tema «Responsabilidad de los Estados», la Comisión examinó: *a*) el capítulo II del quinto informe (A/CN.4/453 y Add.1 a 3) que había sido presentado en el anterior período de sesiones[15] y el capítulo III del sexto informe (A/CN.4/461 y Add.1) del Relator Especial, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, dedicados ambos a la cuestión de las consecuencias de los actos internacionalmente ilícitos caracterizados como crímenes con arreglo al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos[16]; y *b*) el capítulo II del sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/461 y Add.2 y Corr.1) que presentaba un reexamen de las disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas previstas en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados[17]. En base a las recomendaciones del Comité de Redacción presentadas en los períodos de sesiones anterior y actual[18], la Comisión aprobó provisionalmente los artículos 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas)[19]. La Comisión no tomó medidas con respecto al artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas) en la presente etapa y decidió que quizá tuviera que volver a examinar el artículo 11 habida cuenta del texto que finalmente aprobara para el artículo 12[20].

21. En lo que respecta al tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», la Comisión tuvo ante sí el décimo informe (A/CN.4/459) del Relator Especial, Sr. Julio Barboza. El informe fue presentado por el Relator Especial[21] pero su examen fue aplazado hasta el próximo año. En base a las recomendaciones del

---

[4] Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, anexo. El informe fue examinado en las sesiones 2329.ª a 2334.ª, celebradas entre el 3 y el 9 de mayo de 1994.

[5] La versión definitiva del informe del Grupo de Trabajo fue examinada en las sesiones 2374.ª a 2376.ª, celebradas los días 21 y 22 de julio de 1994.

[6] Véase el capítulo II, sección B.1 *infra*.

[7] Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 a 105.

[8] El informe fue examinado en las sesiones 2344.ª a 2347.ª, 2349.ª y 2350.ª, celebradas entre el 27 de mayo y el 7 de junio de 1994.

[9] Véase el capítulo II, sección B.2 *infra*.

[10] El informe fue examinado en las sesiones 2334.ª a 2339.ª, celebradas entre el 9 y el 17 de mayo de 1994.

[11] Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), cap. V.

[12] Las recomendaciones del Comité de Redacción se examinaron en las sesiones 2353.ª a 2356.ª, celebradas entre el 21 y el 24 de junio de 1994.

[13] La decisión fue adoptada en la sesión 2362.ª, celebrada el 8 de julio de 1994.

[14] Véase el cap. III *infra*.

[15] Véase *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

[16] Este aspecto se examinó en las sesiones 2338.ª a 2343.ª y 2348.ª, celebradas entre el 13 y el 26 de mayo y el 2 de junio de 1994.

[17] Este aspecto se examinó en la 2353.ª sesión, celebrada el 21 de junio de 1994.

[18] Las recomendaciones del Comité de Redacción fueron examinadas en las sesiones 2366.ª y 2367.ª, celebradas el 13 y el 15 de julio de 1994.

[19] Para el texto de estos artículos véase la nota 454 *infra*.

[20] Véase el cap. IV *infra*.

[21] El informe fue presentado en la 2351.ª sesión, celebrada el 10 de junio de 1994.

Comité de Redacción presentadas por el Comité en los períodos de sesiones anterior y actual, la Comisión aprobó provisionalmente los artículos 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos) y los párrafos *a*, *b* y *c* del artículo 2 (Términos empleados), así como los artículos que constituían un conjunto completo de disposiciones sobre la prevención, es decir: el artículo 11 (Autorización previa), el artículo 12 (Determinación del riesgo), el artículo 13 (Actividades preexistentes), el artículo 14 (Medidas para prevenir o aminorar el riesgo), el artículo 14 *bis* [20 *bis*] (No transferencia del riesgo), el artículo 15 (Notificación e información), el artículo 16 (Intercambio de información), el artículo 16 *bis* (Información al público), el artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales), el artículo 18 (Consultas sobre medidas preventivas), el artículo 19 (Derechos del Estado que puede verse afectado) y el artículo 20 (Factores del equilibrio de intereses)[22, 23].

22. Las cuestiones relativas al programa, los procedimientos y los métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación fueron examinadas en el marco del Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada y en la propia Mesa Ampliada. Las recomendaciones pertinentes de la Comisión figuran en el último capítulo del informe, que trata también de la cooperación con otros órganos y de algunas cuestiones administrativas y de otra índole.

---

[22] Las recomendaciones del Comité de Redacción fueron examinadas en las sesiones 2362.ª a 2365.ª, celebradas entre el 8 y el 13 de julio de 1994.

[23] Véase el cap. V *infra*.

Capítulo II

PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

A.—Introducción

23. La Asamblea General, por su resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, encargó a la Comisión: *a)* que formulase los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg; y *b)* que preparase un proyecto de código en materia de delitos* contra la paz y la seguridad de la humanidad en el que se indicase claramente la función que correspondía a los principios mencionados en el punto *a*. La Comisión, en su primer período de sesiones, en 1949, nombró Relator Especial al Sr. Jean Spiropoulos.

24. Basándose en los informes del Relator Especial, la Comisión, en su segundo período de sesiones, en 1950, aprobó una formulación de los «Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg»[24] y los presentó, con sus comentarios, a la Asamblea General; y en su sexto período de sesiones, en 1954, aprobó un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad[25], que presentó, con sus comentarios, a la Asamblea General[26].

25. Por su resolución 897 (IX), de 4 de diciembre de 1954, la Asamblea General, considerando que el proyecto de código preparado por la Comisión planteaba problemas íntimamente relacionados con la definición de la agresión, y que había encomendado a una comisión especial la tarea de preparar un informe sobre un proyecto de definición de la agresión, decidió aplazar el examen del proyecto de código hasta que la Comisión Especial hubiese presentado su informe.

26. Basándose en la recomendación de la Comisión Especial, la Asamblea General, en su resolución 314 (XXIX), de 4 de diciembre de 1974, aprobó por consenso la definición de la agresión.

27. El 10 de diciembre de 1981, en su resolución 36/106, la Asamblea General invitó a la Comisión a que reanudara su labor con miras a elaborar el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y a que lo examinase con el grado de prioridad requerido con objeto de revisarlo, teniendo debidamente en cuenta los resultados logrados en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional[27].

28. En su 34.° período de sesiones, en 1982, la Comisión nombró Relator Especial encargado de este tema al Sr. Doudou Thiam[28]. De su 35.° período de sesiones, en 1983, a su 43.° período de sesiones, en 1991, la Comisión recibió nueve informes del Relator Especial[29].

29. En su 43.° período de sesiones, en 1991, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura los proyectos de artículos del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[30]. En el mismo período de sesiones la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir, por conducto del Secretario General, el proyecto de artículos a los gobiernos de los Estados Miembros para que formularan sus comentarios y observaciones y pedirles que hicieran llegar sus respuestas al Secretario General el 1.° de enero de 1993 a más tardar[31]. La Comisión señaló que el proyecto cuyo examen había termina-

---

* Si bien en la versión española actual de los textos relativos a este tema se emplea la palabra «crimen», en la presente introducción se ha decidido mantener, por razones históricas, el término «delito».

[24] De aquí en adelante «Principios de Nuremberg», *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.° 12* (A/1316), párrs. 95 a 127.

[25] *Ibid., noveno período de sesiones, Suplemento N.° 9* (A/2693), párrs. 49 a 54.

[26] El texto del proyecto de código de 1954 y el de los Principios de Nuremberg figuran en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 12, respectivamente.

[27] Por su resolución 42/151, de 7 de diciembre de 1987, la Asamblea General aceptó la recomendación de la Comisión y corrigió el título del tema en inglés de la manera siguiente: «Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind».

[28] Véase una exposición detallada de los antecedentes del tema en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), párrs. 26 a 41.

[29] Estos informes se reproducen como sigue:

Primer informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 147, doc. A/CN.4/364;

Segundo informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 93, doc. A/CN.4/377;

Tercer informe: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 65, doc. A/CN.4/387;

Cuarto informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 55, doc. A/CN.4/398;

Quinto informe: *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), pág. 1, doc. A/CN.4/404;

Sexto informe: *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 200, doc. A/CN.4/411;

Séptimo Informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 95, doc. A/CN.4/419 y Add.1;

Octavo informe: *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 29, doc. A/CN.4/430 y Add.1;

Noveno informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 39, doc. A/CN.4/435 y Add.1 y Corr.1.

[30] Véase nota 7 *supra*.

[31] *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 101.

do en primera lectura constituía la primera parte de sus trabajos sobre el tema del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y que seguiría cumpliendo, en sus siguientes períodos de sesiones, el mandato que le había conferido la Asamblea General en el párrafo 3 de su resolución 45/41, de 28 de noviembre de 1990, que invitaba a la Comisión a que, al proseguir su labor relativa a la preparación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, considerase de nuevo y analizase las cuestiones que se planteaban en su informe en relación con la cuestión de una jurisdicción penal internacional, incluida la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional[32]. La Comisión señaló, además, que ya había empezado a dar cumplimiento a su mandato y que los trabajos ya efectuados se reflejaban en el informe sobre la labor realizada en su 43.° período de sesiones[33].

30. Por resolución 46/54, aprobada en su cuadragésimo sexto período de sesiones, la Asamblea General invitó a la Comisión

[...] a que, en el marco del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, siga examinando y analizando los temas planteados en su informe sobre la labor realizada en su 42 ° período de sesiones [1990][34] relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional a fin de que la Asamblea General pueda impartir orientación al respecto; [...]

31. En su 44.° período de sesiones, en 1992, la Comisión dispuso del décimo informe del Relator Especial sobre este tema[35], que estaba enteramente dedicado a la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Después de haber examinado el décimo informe del Relator Especial, la Comisión decidió crear un Grupo de Trabajo que siguiera estudiando y analizando las principales cuestiones planteadas en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42.° período de sesiones en 1990, en relación con la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, incluidas las propuestas relativas a la creación de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional. En su labor, el Grupo de Trabajo tendría en cuenta las cuestiones planteadas por el Relator Especial en sus informes noveno (segunda parte) y décimo, a la luz de los debates celebrados al respecto en la Comisión durante el actual y los anteriores períodos de sesiones. El Grupo de Trabajo elaboraría asimismo recomendaciones concretas sobre las diversas cuestiones que estudiara y analizara en el marco de su mandato[36].

32. En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo preparó para la Comisión un informe que contenía el examen y análisis que había efectuado acerca de algunos problemas planteados por la eventual creación de una jurisdicción penal internacional y un resumen de los debates, acompañado de recomendaciones concretas y un apéndice conteniendo los sistemas propuestos para entablar acciones o presentar denuncias ante una jurisdicción penal internacional[37]. La estructura sugerida en el informe del Grupo de Trabajo consistía esencialmente en un tribunal penal internacional creado por medio de un estatuto incorporado a un tratado multilateral concertado entre los Estados Partes, tribunal que, por lo menos al comienzo de sus actividades, sólo tendría competencia respecto de los particulares. Esta competencia se limitaría a los crímenes de carácter internacional definidos en determinados tratados internacionales en vigor, entre ellos el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, después de su aprobación y entrada en vigor, pero sin reducirse a éste. Los Estados podrían adquirir la condición de partes en el estatuto sin convertirse por ello en partes en el código. El tribunal sería fundamentalmente un medio puesto a disposición de los Estados Partes en su estatuto (y también, en determinadas condiciones bien definidas, de otros Estados), su jurisdicción no sería obligatoria, por lo menos en una primera fase, y no funcionaría de manera permanente sino cuando fuere requerido. Por otra parte, cualquiera que fuese la estructura del tribunal o de otro mecanismo equivalente, debería asegurar un procedimiento regular, independiente e imparcial[38].

33. En el mismo período de sesiones, la Comisión tomó nota de que con el examen de los informes noveno y décimo del Relator Especial y del informe del Grupo de Trabajo había terminado su tarea de análisis de «la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional» que le había confiado la Asamblea General en 1989[39]; que una estructura creada conforme a los criterios indicados en el informe del Grupo de Trabajo podía ser un sistema viable; que la labor ulterior sobre la cuestión requería un mandato renovado de la Asamblea General para redactar un estatuto; y que correspondía a la Asamblea decidir si la Comisión debía preparar el proyecto de estatuto para una jurisdicción penal internacional, y sobre qué bases[40].

34. En los párrafos 4, 5 y 6 de su resolución 47/33 de 25 de noviembre de 1992, la Asamblea General

[.]

4. *Toma nota con reconocimiento* del capítulo II del Informe de la Comisión de Derecho Internacional, titulado «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», dedicado a la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional,

5. *Invita* a los Estados a que presenten al Secretario General, si es posible antes del 45 ° período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, sus observaciones por escrito respecto del informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional,

6. *Pide* a la Comisión de Derecho Internacional que prosiga su labor sobre esta cuestión mediante la puesta en práctica, con carácter prioritario, de la propuesta relativa a la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional a partir de su siguiente período de sesiones, comenzando por examinar las cuestiones indicadas en el informe del Grupo de Trabajo y en los debates celebrados en la

[32] *Ibid.*

[33] *Ibid.*, págs. 91 a 100.

[34] *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), págs 21 a 27

[35] *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), doc A/CN. 4/442.

[36] *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), doc. A/47/10, párr 98

[37] *Ibid.*, párr 99 y anexo

[38] *Ibid.*, párr 11 y anexo, párr 4

[39] Véase *Anuario 1990*, vol II (segunda parte), párrs 93 a 157, especialmente párr 100

[40] Véase *Anuario. 1992*, vol II (segunda parte), doc A/47/10, párrs 11 y 104, respectivamente.

Sexta Comisión, con miras a redactar un estatuto sobre la base del informe del Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, así como cualesquiera observaciones escritas recibidas de los Estados, y que presente un informe sobre la marcha de los trabajos a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones.

35. En su 45.° período de sesiones (1993), la Comisión dispuso del undécimo informe del Relator Especial sobre el tema[41], totalmente dedicado a la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Dispuso también de los comentarios y observaciones presentados por los gobiernos, en respuesta a la petición formulada por la Comisión en su 43.° período de sesiones, sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura en ese período de sesiones[42, 43]; y de los comentarios presentados por los gobiernos acerca del informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional[44, 45], de conformidad con la invitación contenida en el párrafo 5 de la resolución 47/33 de la Asamblea General.

36. Después de haber examinado el informe del Relator Especial, la Comisión decidió que volviera a reunirse el Grupo de Trabajo que había creado en su anterior período de sesiones y decidió también que el nombre de ese grupo de trabajo fuera en lo sucesivo «Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional»[46]. El mandato dado por la Comisión al Grupo de Trabajo fue el previsto en los párrafos 4, 5 y 6 de la resolución 47/33 de la Asamblea General, de 25 de noviembre de 1992[47].

37. El Grupo de Trabajo mencionado en el párrafo anterior sometió un informe que se acompañó como anexo al informe de la Comisión[48].

38. La Comisión estimó que el informe del Grupo de Trabajo suponía un avance considerable con respecto al del Grupo de Trabajo del 44.° período de sesiones de la Comisión de 1992 sobre el mismo tema[49]. El nuevo informe de 1993 hacía hincapié en la elaboración de un proyecto de artículos amplio y sistemático, acompañados de breves comentarios. Aunque la Comisión no pudo examinar detenidamente durante su período de sesiones los artículos propuestos y proceder a su adopción, estimó que, en principio, el proyecto de artículos ofrecía una base para su examen por la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones[50].

39. La Comisión expresó que esperaba con interés las observaciones de la Asamblea General y de los Estados Miembros sobre las cuestiones concretas mencionadas en los comentarios a los diversos artículos y sobre el proyecto de artículos en su totalidad. Decidió además que el proyecto de artículos se transmitiera a los gobiernos, por conducto del Secretario General, pidiéndoles que presentaran sus observaciones al Secretario General antes del 15 de febrero de 1994. Esas observaciones eran necesarias para orientar los trabajos ulteriores de la Comisión con vistas a terminar la elaboración del proyecto de estatuto en su 46.° período de sesiones, en 1994, como estaba previsto en su plan de trabajo[51].

40. En los párrafos 4, 5, 6 y 8 de su resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993, la Asamblea General

[...]

4. *Toma nota con reconocimiento* del capítulo II del Informe de la Comisión de Derecho Internacional, titulado «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», dedicado a la cuestión de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional;

5. *Invita* a los Estados a que presenten al Secretario General, para el 15 de febrero de 1994 a más tardar y de conformidad con lo solicitado por la Comisión de Derecho Internacional, sus observaciones por escrito respecto del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional;

6. *Pide* a la Comisión de Derecho Internacional que prosiga su labor sobre esta cuestión con carácter prioritario, con miras a elaborar un proyecto de estatuto, de ser posible en su 46.° período de sesiones en 1994, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, así como las observaciones escritas recibidas de los Estados; [...]

[...]

8. [...] pide a la Comisión que reanude en su 46.° período de sesiones el examen del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad [...].

41. De conformidad con la resolución 48/31 de la Asamblea General, mencionada en el párrafo anterior, la sección del presente informe dedicada al examen del tema en el actual período de sesiones se dividirá en dos subsecciones, una referida a un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y la otra al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

1. Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional

a) *Examen del informe del Grupo de Trabajo creado en el 45.° período de sesiones*

42. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, que acompañaba como anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.° período de sesiones (1993)[52]; de las observaciones de los gobiernos en relación con el informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional[53]; y

[41] *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/449.

[42] *Ibid.*, doc. A/CN.4/448 y Add.1.

[43] Véase párr. 29 *supra*.

[44] *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/452 y Add.1 a 3.

[45] Véanse párrs. 31 y 32 *supra*.

[46] *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, párr. 96.

[47] Véase párr. 34 *supra*.

[48] *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, anexo.

[49] *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), doc. A/47/10, anexo.

[50] *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, párr. 99.

[51] *Ibid.*, párr. 100.

[52] Véase nota 48 *supra*.

[53] Reproducido en *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/458 y Add.1 a 8.

del capítulo B del resumen por temas de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en el cuadragésimo octavo período de sesiones, preparado por la Secretaría, relativo al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones[54].

43. La Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo en sus sesiones 2329.ª a 2334.ª, celebradas del 3 al 9 de mayo de 1994.

44. A continuación figura un resumen de los debates en sesión plenaria.

i) *Observaciones generales*

45. Aunque algunos miembros señalaron que, a pesar de ciertas críticas, la labor de la Comisión había sido bien acogida por los gobiernos, como indicaban el debate realizado en la Sexta Comisión y las observaciones presentadas por escrito, otros miembros destacaron los obstáculos que seguía siendo necesario superar para completar el proyecto de estatuto. Se hicieron diversas observaciones sobre la necesidad de armonizar la rápida terminación del proyecto de estatuto, dada su prioridad, con la atención que exigía el proyecto de un instrumento que resultara generalmente aceptable para los Estados y previera el establecimiento de una institución viable y eficaz. Se destacó la responsabilidad de la Comisión, como órgano compuesto por expertos, de tener en cuenta en sus trabajos sobre el proyecto de estatuto las opiniones expresadas por los gobiernos, no obstante la urgencia. Se expresó la opinión de que sería preferible dedicar más tiempo, si fuera necesario, a redactar un instrumento para la creación de una institución permanente más apropiada y más útil, teniendo en cuenta que era poco probable que los Estados creasen ese tribunal no bien recibiera el proyecto de estatuto la Asamblea General.

46. Aunque se consideró que la prioridad dada al proyecto de estatuto era suficientemente flexible como para prever que la labor podría terminarse sea en el actual período de sesiones o en el siguiente, se convino en que la Comisión debía esforzarse por terminar el proyecto de estatuto en el período de sesiones actual, siempre que ello pudiera hacerse sin perjudicar la calidad del trabajo. Se confió en que el Grupo de Trabajo acabase su tarea a tiempo para que la Comisión pudiera examinar el proyecto definitivo de estatuto antes de terminar su período de sesiones y remitirlo, con sus observaciones, a la Asamblea General, demostrando así su capacidad para responder a las expectativas de la comunidad internacional.

47. Se formularon diversas observaciones sobre el enfoque general que debía adoptar la Comisión en la continuación de su labor sobre el proyecto de estatuto, y algunos miembros destacaron que seguían siendo pertinentes los principios que habían orientado la labor de la Comisión y los instrumentos relativos al Tribunal Internacional encargado de juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991 (de aquí en adelante «Tribunal Internacional»)[55], otros pidieron un enfoque más ambicioso y otros por su parte aconsejaron un enfoque más prudente y paulatino. Mientras que algunos miembros estimaban que el estatuto[56] y las reglas de procedimiento y de práctica de la prueba del Tribunal Internacional[57] debían recibir especial atención cuando se trataban cuestiones análogas en relación con un tribunal permanente, otros miembros advirtieron que no debía darse demasiada importancia a esos instrumentos, teniendo en cuenta las diferencias esenciales entre las dos instituciones.

48. Por lo que se refiere a la cuestión de si la Comisión debía ser más ambiciosa o más prudente en su enfoque, los miembros partidarios del primer enfoque consideraron que el proyecto actual no era suficientemente internacionalista o universalista en su concepción del tribunal, que daba demasiada importancia a las relaciones entre Estados y no a la relación directa entre la persona y la comunidad internacional, que privilegiaba demasiado el método convencional tradicional, lo que podía retrasar el establecimiento del tribunal, y que un enfoque más cauteloso no tendría en cuenta suficientemente la necesidad de nuevos mecanismos para abordar los problemas constantes de la violencia étnica en los conflictos armados, tanto internos como internacionales. Los partidarios del segundo enfoque expresaron la opinión de que un instrumento que estableciera una jurisdicción penal internacional debía tener en cuenta las realidades internacionales actuales, incluida la necesidad de garantizar la coordinación entre el sistema existente de jurisdicciones nacionales y la cooperación internacional, que el establecimiento y la eficacia del tribunal requerían la amplia aceptación del estatuto por Estados que quizá quisieran limitar su ámbito, que los aspectos políticos de la cuestión exigían un enfoque realista, en el que esos aspectos se dejaran a la decisión de los Estados y que, de todas formas, la preparación del proyecto de estatuto constituía un trabajo sin precedentes de creación legislativa por la Comisión, que debía ser moderado por un firme sentido práctico.

ii) *Naturaleza del tribunal*

49. Por lo que se refiere al artículo 4 (De la condición y capacidad jurídicas del Tribunal), algunos miembros estimaron que esa disposición lograba un equilibrio adecuado al prever un tribunal que se reuniría cuando fuera necesario para conocer de algún asunto que se le sometiera, pero otros miembros creían que ese enfoque no estaba a la altura de la tarea confiada a la Comisión de preparar un estatuto para un tribunal permanente con la objetividad necesaria para juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes graves. Otros miembros consideraron que incumbía a los Estados decidir entre la adopción de la solución, más práctica, de un órgano permanente pero que no estuviera en funciones continuamente, y la alternativa, más conveniente desde el punto de vista de

[54] Documento A/CN.4/457.

[55] Véanse las resoluciones 808 (1993) y 827 (1993) del Consejo de Seguridad, de fechas 22 de febrero y 25 de mayo de 1993, respectivamente.

[56] Doc. S/25704, anexo.

[57] Adoptadas al final de la segunda sesión del Tribunal Internacional, en febrero de 1994.

la justicia penal, de un órgano que funcionara permanentemente. Se sugirió que el proyecto de estatuto podría combinar los dos enfoques, previendo el sistema actual, realista y pragmático, pero considerando también la posibilidad de que, a largo plazo, el tribunal funcionara permanentemente, como forma de fomentar la uniformidad y de favorecer el desarrollo del derecho.

50. Se formularon opiniones divergentes sobre si la naturaleza del tribunal, desde el punto de vista de sus relaciones con los tribunales nacionales, quedaba debidamente regulada en el proyecto actual. Algunos consideraban el tribunal como un medio ofrecido a los Estados, que complementaría su jurisdicción nacional pero no la sustituiría; otros lo consideraban como una opción de enjuiciamiento cuando los Estados interesados no quisieran o no pudieran juzgar, con sujeción a las salvaguardias necesarias para que el tribunal no se utilizara indebidamente con fines políticos. Otros miembros sugirieron que podía ser apropiado prever un tribunal de jurisdicción limitada a los crímenes más graves. Se expresó la opinión de que debían seguirse examinando las obligaciones convencionales existentes de juzgar o conceder la extradición de las personas acusadas de crímenes graves; el hecho de que la creación del tribunal no implicaría la renuncia de los tribunales nacionales a su jurisdicción; el carácter subsidiario de la jurisdicción del tribunal, como elemento que se añadiría al régimen existente basado en las opciones de enjuiciamiento o extradición, y la posibilidad de una competencia consultiva, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ayudar a los tribunales nacionales a interpretar los tratados pertinentes. Se formularon también sugerencias en el sentido de que el tribunal debía tener facultades discrecionales para declinar su jurisdicción si el caso no era de suficiente gravedad o podía ser tratado adecuadamente por un tribunal nacional. Se explicó que esta sugerencia tenía por objeto garantizar que el tribunal se ocupase únicamente de los crímenes más graves, no invadiera las funciones de los tribunales nacionales y adaptara su volumen de trabajo a los recursos disponibles. En este contexto, se destacó la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

iii) *Método de creación del tribunal*

51. En cuanto al método para crear el tribunal, algunos miembros eran partidarios de la modificación de la Carta de las Naciones Unidas, mientras que otros defendían la celebración de un tratado. Se expresó una opinión favorable a la aprobación de una resolución por la Asamblea General y/o el Consejo de Seguridad. Aun reconociendo las dificultades prácticas del primer método, algunos miembros no estaban dispuestos a excluir la posibilidad de una enmienda de la Carta que convirtiera al proyecto de estatuto en parte integrante de ella, como el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con efecto vinculante para todos los Estados Miembros una vez cumplidos los requisitos para su entrada en vigor. Los que preferían el segundo método creían que un tratado daría una firme base jurídica a las sentencias dictadas contra los autores de crímenes internacionales, permitiría a los Estados decidir si aceptaban o no el proyecto de estatuto y la competencia del tribunal, sobre todo teniendo en cuenta el delicado problema de la jurisdicción penal nacional, y evitaría las dificultades prácticas de modificar la Carta así como posibles impugnaciones de la legitimidad de un órgano creado por una resolución. Se expresó la opinión de que el método del tratado exigiría asegurarse de que el proyecto de estatuto era aceptado por un amplio número de Estados antes de su entrada en vigor y ocuparse más detenidamente en el estatuto de la función de los Estados Partes. En favor del tercer método, se subrayó la necesidad de garantizar el carácter internacional o universal del tribunal como órgano judicial de la comunidad internacional y no de un grupo limitado de Estados Partes, así como la conveniencia de evitar los retrasos en la creación del tribunal que podrían producirse si se adoptaran otros métodos. Se expresó también la opinión de que el método para crear el tribunal, que tendría repercusiones en la relación de ese tribunal con las Naciones Unidas, era una cuestión política que debían decidir los Estados, y que tanto el estatuto como el comentario debían recoger las diversas posibilidades.

52. Hubo diferentes opiniones sobre si se podía establecer un tribunal permanente como órgano subsidiario de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad o, posiblemente, de ambos, teniendo en cuenta sus respectivas esferas de competencia. Por lo que se refiere a la Asamblea General, algunos miembros señalaron que el tribunal podría establecerse como órgano subsidiario en virtud del Artículo 22 de la Carta de las Naciones Unidas, al haber sido confirmada la autoridad de la Asamblea General para crear un órgano judicial por la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva del 13 de julio de 1954[58]. Sin embargo, otros miembros pusieron en duda que una resolución con carácter de recomendación fuera una base jurídica aceptable para crear un tribunal penal y, en particular, para que éste ejerciera sus facultades contra las personas, y también que una institución así pudiera considerarse como órgano subsidiario que realizara las funciones confiadas a la Asamblea General por la Carta de las Naciones Unidas. Se sugirió que la Asamblea General podría adoptar una resolución que recomendara la aprobación del estatuto del tribunal por los Estados por medio de un tratado, a fin de evitar las incertidumbres sobre los efectos jurídicos de esa resolución y cualquier problema jurisdiccional con respecto a los Estados que no hubieran votado a favor de la resolución. Se sugirió también que el tribunal podría establecerse como órgano creado por un tratado y como órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, por medio de resoluciones concurrentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General que se someterían luego a los Estados para su ratificación, y que el Consejo de Seguridad podría recurrir al tribunal en las situaciones comprendidas en el Capítulo VII antes de que el instrumento entrase en vigor. Sin embargo, otros miembros distinguieron entre la autoridad del Consejo de Seguridad para establecer un tribunal especial en respuesta a una situación determinada, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y su autoridad para establecer una institución permanente con facultades y competencia generales. El Capítulo VII de la Carta sólo preveía la adopción de medidas con respecto a situaciones determinadas.

[58] *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1954*, pág. 47.

iv) *Relación con las Naciones Unidas*

53. Hubo acuerdo general sobre la importancia de establecer una estrecha relación entre las Naciones Unidas y el tribunal, para garantizar el carácter internacional y la autoridad moral de éste. Sin embargo, hubo opiniones diferentes sobre el medio apropiado para lograr ese objetivo, estrechamente relacionadas con la cuestión del método de creación del tribunal. Aunque algunos miembros preferían la primera variante del artículo 2 (De la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas) como medio de garantizar que los autores de crímenes graves de alcance internacional fueran juzgados en nombre de la comunidad internacional y no por un grupo de Estados Partes, otros miembros estimaron que la segunda variante ofrecía un enfoque más pragmático y realista, teniendo en cuenta las dificultades de enmendar la Carta de las Naciones Unidas.

54. Aunque algunos miembros sugirieron que se podría dar al tribunal el carácter de institución de la comunidad internacional, creándolo por una resolución de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, otros miembros pusieron en duda que fuera apropiada la creación de un órgano judicial permanente por la Asamblea General o por el Consejo de Seguridad dado el carácter político de esos órganos. Se sugirió que debía seguirse examinando la posibilidad de establecer una relación entre el tribunal y las Naciones Unidas por medio de un acuerdo especial.

55. Se expresó la opinión de que las relaciones entre el tribunal propuesto y las Naciones Unidas debían determinarse como cuestión preliminar, ya que tendrían consecuencias para una serie de problemas por resolver, como la financiación del tribunal y la contratación de su personal. Sin embargo, se sugirió también que la tarea principal de la Comisión era crear una estructura defendible para un tribunal, y que la cuestión de sus relaciones con las Naciones Unidas podría resolverse en una etapa ulterior sobre la base de los distintos modelos de relaciones con las Naciones Unidas.

v) *Derecho aplicable*

56. Se expresó la opinión de que la relación entre el derecho sustantivo que debería aplicar el tribunal y el derecho procesal que representaba el estatuto había recibido una atención insuficiente. No debía confundirse el problema del derecho sustantivo con el del derecho procesal de que se ocupaba el proyecto de estatuto, y la cuestión de determinar el derecho aplicable requería el examen de un derecho sustantivo que no podía incluirse adecuadamente en el estatuto porque aún subsistía la imprecisión sobre las normas de derecho sustantivo que debían aplicarse. Algunos miembros estimaron que los problemas del derecho aplicable y de la competencia *ratione materiae* podrían resolverse terminando el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y, en consecuencia, sugirieron que se acelerasen los trabajos en ese proyecto. Sin embargo, otros miembros creían que el tribunal debía aplicar las convenciones existentes y las disposiciones pertinentes del derecho nacional adoptadas en aplicación de esas convenciones, como preveía el actual proyecto de estatuto, al menos en la etapa inicial de sus trabajos. Se sugirió que el estatuto debía redactarse de tal forma que no excluyera la aplicación del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en el futuro.

57. Algunos miembros atribuyeron especial importancia a la aplicabilidad del derecho nacional, no sólo en los casos en que no hubiera un tratado que definiera un crimen con la precisión necesaria, sino también en lo relativo a las normas sobre la prueba y a las penas. Otros miembros atribuían más importancia a la aplicación del derecho consuetudinario y del *jus cogens*, teniendo en cuenta especialmente el precedente de Nuremberg. Sin embargo, se señaló que, en caso de conflicto, el derecho internacional prevalecería sobre el nacional, y que el principio *nullum crimen sine lege* era, por sí mismo, una norma de derecho internacional.

vi) *Competencia*

a. *Competencia por razón de la persona*

58. Por lo que se refiere a la competencia por razón de la persona, se destacó la sentencia de Nuremberg[59], que afirmaba que los crímenes contra el derecho de gentes eran cometidos por hombres y no por entidades abstractas. Se señaló que aunque no debían subestimarse las dificultades para llevar a los delincuentes ante los tribunales, era importante que los autores de los crímenes tuvieran conciencia de tal posibilidad. Se expresó la opinión de que los requisitos actuales del consentimiento de los Estados para ejercer la competencia por razón de la persona eran demasiado complejos y no tenían en cuenta suficientemente otras obligaciones de los Estados en materia de extradición.

b. *Competencia por razón de la materia*

59. Se formularon varias observaciones en relación con la complejidad de las disposiciones sobre competencia por razón de la materia y la necesidad de simplificarlas para hacerlas más comprensibles, y de distinguir entre la competencia por razón de la materia y la atribución de competencia. Hubo diversas sugerencias para modificar la lista de tratados contenida en el artículo 22, entre ellas la de reducir esa lista para que abarcase sólo las convenciones multilaterales ampliamente aceptadas sobre crímenes graves que afectaran a todos los Estados; su ampliación a otros tratados, como la Convención contra la Tortura; y la inclusión de una disposición que facilitase la adición de tratados que pudieran concertarse o entrar en vigor en el futuro (como prevé el párrafo *b* del proyecto de artículo 21). Se suscitaron algunas cuestiones sobre la lógica y la utilidad de mantener la distinción establecida entre las dos categorías de tratados y sobre si el criterio de la competencia en el caso de infracciones excepcionalmente graves no debía aplicarse a todas las convenciones. Se observó que la decisión final sobre la lista de tratados era una cuestión que tendrían que deci-

[59] Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse*, memorándum del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.7).

dir los Estados, posiblemente en una conferencia diplomática futura.

60. Por lo que se refiere a los crímenes en virtud del derecho internacional general, algunos miembros consideraron importante llenar la laguna existente cuando no se pudieran invocar los tratados pertinentes por razón de su falta de ratificación o cuando el tratado no definiera los crímenes, especialmente en el caso de la agresión y de los crímenes contra la humanidad. Otros miembros expresaron su preocupación por la vaguedad o ambigüedad de la referencia a los crímenes en virtud del derecho internacional, y dudaron de que el derecho consuetudinario definiera los crímenes con la precisión necesaria. Se sugirió que podría lograrse mayor claridad definiendo o, al menos, enumerando los crímenes que debían incluirse en esa categoría. A este respecto, se expresaron diferentes opiniones sobre si la definición de agresión debía limitarse a las guerras de agresión o ampliarse también a los actos aislados de agresión; algunos miembros pusieron en duda la utilidad de la distinción.

vii) *Aceptación por los Estados de la jurisdicción del tribunal*

61. Por lo que se refiere a la aceptación por los Estados de la jurisdicción del tribunal, algunos miembros partidarios del sistema de la aceptación expresa subrayaron la importancia de la aceptación voluntaria de la jurisdicción del tribunal, distinguiendo entre la aceptación del estatuto del tribunal y la aceptación de su jurisdicción, señalaron que el tribunal dependía de la cooperación de los Estados e indicaron la necesidad de limitar la jurisdicción del tribunal a las situaciones en que los tribunales nacionales no pudieran o no quisieran ejercer su propia jurisdicción. Los partidarios del enfoque de excluir la opción pusieron en duda la utilidad de que un Estado fuera parte en el estatuto sin aceptar la jurisdicción del tribunal y advirtieron del peligro de crear una institución ineficaz como resultado de excesivas restricciones a su jurisdicción. Se sugirió que el estatuto debía prever algunas excepciones al carácter optativo de la aceptación de la jurisdicción con respecto a un número limitado de crímenes especialmente graves, como el genocidio.

viii) *Elección de los jueces*

62. Hubo acuerdo general en que el mandato de los jueces previsto en el proyecto actual era excesivamente largo y debía reducirse a un período más breve. Se expresó la opinión de que había que seguir examinando las calificaciones de los jueces a fin de garantizar la competencia y experiencia necesarias en las respectivas salas. Se sugirió también que en la elección de los jueces debía tenerse en cuenta la necesidad de lograr una representación geográfica equitativa que reflejara los principales sistemas jurídicos y que debía haber alguna limitación para la recusación de los jueces por los acusados a fin de evitar abusos.

ix) *Estructura del tribunal*

63. Hubo opiniones diferentes sobre si debía utilizarse el término «tribunal» para la estructura general del tribunal, y algunos miembros señalaron sus antecedentes históricos en tanto que otros encontraban el término confuso o equívoco.

x) *Ejercicio del derecho de recurrir al tribunal*

64. En lo que se refiere al sometimiento de asuntos al tribunal por los Estados, algunos miembros estimaron que ese derecho debía limitarse a los Estados Partes a fin de fomentar una amplia adhesión al estatuto; otros miembros dijeron que si cualquier Estado o el fiscal estaban autorizados para recurrir al tribunal por crímenes graves se incrementarían las probabilidades de someter a proceso a los presuntos culpables. Otros miembros consideraron apropiado permitir, mediante acuerdo, que cualquier Estado pudiera someter asuntos relativos a crímenes menos graves.

65. Hubo acuerdo general en que las facultades del Consejo de Seguridad estaban determinadas por la Carta de las Naciones Unidas y no podían limitarse ni ampliarse por el estatuto. Basándose en ello, muchos miembros pensaban que sería apropiado que el Consejo sometiera al tribunal situaciones y no asuntos contra personas determinadas cuando se cumplieran los requisitos del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Se destacó la distinción entre el sometimiento de una situación por el Consejo de Seguridad y la instrucción independiente que realizaría la fiscalía. Este método se consideró por algunos demasiado audaz, al no limitar expresamente la actuación del Consejo de Seguridad a las situaciones del Capítulo VII, y demasiado tímido, al no permitir al Consejo de Seguridad pedir el enjuiciamiento de personas determinadas cuando se dieran esos requisitos. Se expresaron algunas preocupaciones por el respeto de los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, que podría verse afectado por el derecho de veto.

66. Hubo diferentes opiniones sobre si la Asamblea General debía poder someter también asuntos al tribunal o, al menos, señalar a su atención determinadas situaciones. Los partidarios de dar a la Asamblea General esa función destacaron su condición jurídica de órgano principal de las Naciones Unidas, su carácter de órgano más representativo de la comunidad internacional, su competencia principal en materia de derechos humanos y su competencia subsidiaria en materia de paz y seguridad internacionales, y la posibilidad de inacción del Consejo de Seguridad como consecuencia del veto. Sin embargo, otros miembros establecieron una distinción entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General desde el punto de vista de los efectos jurídicos de sus decisiones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, y pusieron en duda que de una recomendación pudieran deducirse las consecuencias jurídicas necesarias del sometimiento de un asunto al tribunal.

xi) *Aceptación por los Estados de la competencia del tribunal*

67. Hubo diferentes opiniones sobre la aceptación por los Estados de la competencia del tribunal como requisito previo a la iniciación de las actuaciones. Algunos miembros subrayaron la importancia de obtener el consentimiento del Estado en que estuviera detenido el pre-

sunto culpable para garantizar la presencia de éste, y el del Estado del territorio donde se cometieron los hechos para facilitar la instrucción y la reunión de pruebas, y otros miembros señalaron que los Estados no debían poder inmiscuirse en el enjuiciamiento de personas que estuvieran en su territorio o de sus nacionales, para tratar de impedir la actuación del tribunal y, de esa manera, asegurar a esas personas la impunidad. Se destacó la posibilidad de que el Consejo de Seguridad pudiera actuar para sustituir el requisito del consentimiento del Estado. Se sugirió también que el tribunal debía poder ejercer una especie de competencia intrínseca *(inherent jurisdiction)* con respecto a los crímenes más graves, como el genocidio, que no exigiera el consentimiento de los Estados.

68. Aunque algunos miembros daban importancia a la constatación de la agresión por el Consejo de Seguridad como condición previa para el ejercicio de su competencia por el tribunal, otros miembros sugirieron que se debían seguir examinando las consecuencias de tal requisito. Se expresó la opinión de que podría ser útil prever un papel más amplio del Consejo de Seguridad, teniendo en cuenta su participación en una multiplicidad de conflictos y situaciones en todo el mundo, así como el riesgo de procesos iniciados por mala fe o con fines de hostigamiento. A falta de actuación del Consejo de Seguridad, se sugirió que podría darse a la fiscalía el derecho a notificar al Consejo de Seguridad las acusaciones de agresión. Se observó que debía permitirse a la persona acusada de agresión demostrar que la política del Estado constituía un caso de legítima defensa.

xii) *Órgano encargado de la acusación*

69. Se hicieron varias sugerencias sobre la fiscalía, incluida la de confiar sus facultades a un órgano colegiado y no a una persona, ampliarla para garantizar la debida administración de justicia y prever un mayor respeto por la independencia del fiscal en los procedimientos de traslado de competencia. También suscitó alguna preocupación la atribución de facultades de instrucción y acusación a un mismo órgano.

xiii) *Entrega del imputado al tribunal*

70. Se destacaron algunas cuestiones que requerían más consideración: la relación existente entre el régimen que se estableciera y los acuerdos en vigor sobre extradición o los acuerdos sobre el estatuto jurídico de fuerzas militares estacionadas en el territorio del Estado requerido; si entregar una persona al tribunal equivaldría al cumplimiento de las obligaciones en materia de extradición; si el Estado que detuviera al imputado podría optar entre aceptar una solicitud de extradición o entregarlo al tribunal; si el Estado requerido tendría facultades discrecionales para entregar al imputado al tribunal, y si debía permitirse al Estado que estuviera investigando un crimen demorar la entrega del imputado. Sin embargo, se manifestaron algunas preocupaciones por la creación de obstáculos procesales que permitieran a un Estado impedir al tribunal enjuiciar a personas por crímenes de alcance internacional que ofendían la conciencia de la humanidad.

xiv) *Proceso*

71. Por lo que se refiere a los juicios *in absentia*, muchos miembros expresaron la opinión de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no excluía esos juicios, y expresaron su satisfacción con el proyecto actual, que permitía al tribunal actuar no obstante la ausencia intencionada del acusado. Otros, en cambio, calificaron los juicios *in absentia* como contrarios a importantes garantías judiciales y pusieron en duda que un estatuto que previera esos juicios pudiera resultar ampliamente aceptable para los Estados. Se sugirió que debía seguirse examinando la cuestión de principios que plantea permitir esos juicios, la necesidad de establecer salvaguardias apropiadas para los derechos del acusado y si no se podrían conseguir sustancialmente los mismos resultados por otros medios, como en el caso del Tribunal Internacional.

72. Por lo que se refiere al principio *non bis in idem*, aunque algunos miembros destacaron las disposiciones pertinentes del estatuto del Tribunal Internacional[60], otros manifestaron su preocupación ante la posibilidad de que el tribunal pudiera revisar las decisiones de los tribunales nacionales.

73. Con respecto a las sentencias de las salas de primera instancia, hubo diferentes opiniones sobre si se debían permitir los votos disidentes o particulares en el ámbito de un tribunal penal.

xv) *Penas*

74. Se sugirió que podría ser necesario dar al tribunal facultades discrecionales para determinar el derecho aplicable en relación con las penas no previstas en el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o en los tratados pertinentes. Sin embargo, se expresó la opinión de que depender de las disposiciones del derecho nacional sería sólo una solución provisional, ya que ese sistema podría traducirse en inconsecuencias en la aplicación de las penas por el tribunal que serían incompatibles con la naturaleza de éste e incompatibles con el principio mismo de la justicia. Se sugirió también suprimir la disposición relativa a las multas, o bien ocuparse de esa cuestión en el contexto de las cuestiones diversas o presupuestarias.

xvi) *Reglamento*

75. Hubo acuerdo general en que el estatuto debía contener las normas esenciales del procedimiento y de práctica de la prueba, especialmente las relacionadas con los derechos del acusado y con el concepto de un juicio imparcial, y que en una etapa ulterior se podrían elaborar disposiciones más detalladas. Aunque algunos miembros eran partidarios de que los jueces elaborasen esas normas, otros preferían designar un grupo de expertos que realizara esa tarea a fin de que los Estados pudieran examinar el contenido de las normas al evaluar el estatuto. Se expresó la opinión de que debía haber algún mecanis-

[60] Véase nota 56 *supra*.

mo que previera la aprobación de las normas por los Estados Partes en el estatuto.

xvii) *Financiación del tribunal*

76. Por lo que se refiere a la financiación del tribunal, se destacó la necesidad de examinar los recursos financieros y de otra índole que necesitaría una institución como el tribunal, las consecuencias que tendría el método de creación del tribunal en su financiación y la importancia de garantizar la viabilidad financiera del tribunal.

b) *Restablecimiento del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional*

77. En sus sesiones 2331.ª y 2332.ª, celebradas el 5 de mayo de 1994, la Comisión decidió restablecer el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.

78. El mandato conferido por la Comisión al Grupo de Trabajo estaba en consonancia con los párrafos 4, 5 y 6 de la resolución 48/31 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993. En esos párrafos, la Asamblea había tomado nota con reconocimiento del capítulo II del informe de la Comisión de Derecho Internacional, titulado «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», dedicado a la cuestión de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional; había invitado a los Estados a que presentaran al Secretario General a más tardar el 15 de febrero de 1994, de conformidad con lo solicitado por la Comisión de Derecho Internacional, sus observaciones por escrito acerca del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, y había pedido a la Comisión de Derecho Internacional que prosiguiera su labor sobre esta cuestión con carácter prioritario a fin de elaborar un proyecto de estatuto, de ser posible en su 46.° período de sesiones, en 1994, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante el debate en la Sexta Comisión así como las observaciones escritas de los Estados.

c) *Resultados de los trabajos del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional*

79. El Grupo de Trabajo celebró 27 reuniones, entre el 10 de mayo y el 14 de julio de 1994.

80. En el desempeño de su mandato, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de una jurisdicción penal internacional, incluido en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.° período de sesiones (1992)[61]; el informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional, incluido en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.° período de sesiones (1993)[62]; el undécimo informe sobre el tema «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», presentado por el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam[63]; las observaciones de los Estados relativas al informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de una jurisdicción penal internacional (documento A/CN.4/458 y Add.1 a 8); la sección B del resumen por temas preparado por la Secretaría sobre los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General, durante el cuadragésimo octavo período de sesiones, acerca del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45.° período de sesiones (A/CN.4/457); el informe del Secretario General elaborado en cumplimiento del párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad de fecha 22 de febrero de 1993[64]; las normas de procedimiento y práctica de la prueba aprobadas por el Tribunal Internacional[65] (IT/32, de 14 de marzo de 1994); así como los siguientes documentos oficiosos preparados por la Secretaría: *a*) una recopilación de los proyectos de estatuto de un tribunal penal internacional elaborados en el pasado en el marco de las Naciones Unidas o por otras entidades públicas o privadas; *b*) una recopilación de las convenciones o de las disposiciones pertinentes de convenciones relativas a las materias que pueden ser de la competencia de un tribunal penal internacional; y *c*) esbozo de las posibles modalidades para el establecimiento de relaciones entre un tribunal penal internacional y las Naciones Unidas.

81. El Grupo de Trabajo procedió a reexaminar capítulo por capítulo y artículo por artículo el proyecto preliminar de estatuto de una corte penal internacional que figuraba como anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.° período de sesiones, teniendo presentes, entre otras cosas: *a*) la necesidad de armonizar y simplificar los artículos relativos a las cuestiones que son de la competencia del tribunal, delimitando mejor, al mismo tiempo, el alcance de esa competencia; *b*) el hecho de que el sistema del tribunal debe concebirse como complementario de los sistemas nacionales que funcionan sobre la base de los mecanismos existentes de cooperación internacional y asistencia judicial; y *c*) la necesidad de coordinar los artículos comunes que se encuentren en el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

82. El proyecto de estatuto preparado por el Grupo de Trabajo se divide en ocho partes: la primera trata acerca de la creación del tribunal; la segunda, de la composición y administración del tribunal; la tercera, de la competencia del tribunal; la cuarta, de la instrucción y del procedimiento penal; la quinta, del proceso; la sexta, de la apelación y la revisión; la séptima, de la cooperación internacional y la asistencia judicial; y la octava, de la ejecución de las penas.

83. Los comentarios al proyecto de artículos explican las preocupaciones especiales a las que el Grupo de Trabajo ha querido atender al examinar las disposiciones sobre cuestiones concretas, las distintas opiniones expresadas o las reservas suscitadas.

[61] Véase nota 49 *supra*.

[62] Véase nota 48 *supra*.

[63] Véase nota 41 *supra*.

[64] Doc. S/25704 y Corr.1 y Add.1.

[65] Véase nota 57 *supra*.

84. Al redactar el estatuto, el Grupo de Trabajo no pretendió seguir ningún sistema penal en particular sino más bien combinar en un todo coherente los elementos más apropiados a los fines perseguidos, teniendo en cuenta los tratados existentes, las propuestas anteriores de creación de un tribunal o de tribunales internacionales y las disposiciones pertinentes de los sistemas nacionales de justicia penal de las distintas tradiciones jurídicas.

85. También se tomó nota muy particularmente de las disposiciones por las que se rige el Tribunal Internacional.

86. Cabe señalar asimismo que el Grupo de Trabajo concibió el estatuto de un tribunal penal internacional como un instrumento destinado a formar parte de un futuro convenio internacional sobre la materia y redactó las disposiciones del estatuto en consecuencia.

87. En sus sesiones 2374.ª a 2376.ª, celebradas los días 21 y 22 de julio de 1994, la Comisión examinó el informe final del Grupo de Trabajo que contenía el texto completo de un proyecto de estatuto compuesto de 60 artículos con los comentarios correspondientes.

88. En sus sesiones 2374.ª y 2375.ª, la Comisión aprobó el proyecto de estatuto. En las sesiones 2375.ª y 2376.ª, la Comisión aprobó los comentarios a los 60 artículos de que constaba el proyecto de estatuto.

d) *Homenaje a los Presidentes de los sucesivos grupos de trabajo*

89. La Comisión expresó su gratitud a los Presidentes de los grupos de trabajo por ella establecidos en sus períodos de sesiones 44.° y 45.°, Sr. Doudou Thiam y Sr. Abdul G. Koroma. Rindió homenaje especial al Presidente del Grupo de Trabajo del actual período de sesiones, Sr. James Crawford, por su destacada aportación a la preparación del proyecto de estatuto mediante sus esfuerzos incansables y su gran dedicación.

e) *Recomendación de la Comisión*

90. En su 2376.ª sesión, celebrada el 22 de julio de 1994, la Comisión decidió, de acuerdo con el artículo 23 de su estatuto, recomendar a la Asamblea General que convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinara el proyecto de estatuto y celebrara una convención sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional.

f) *Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional*

91. A continuación figura el texto del proyecto de artículos 1 a 60 con los comentarios correspondientes y tres apéndices.

PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Los Estados Partes en el presente Estatuto,

Deseando **fomentar la cooperación internacional con miras a mejorar la eficacia en el enjuiciamiento y la represión efectivos de los crímenes de trascendencia internacional y, con tal fin, crear un tribunal penal internacional,**

Subrayando **que ese tribunal tendrá competencia únicamente respecto de los más graves de los crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto,**

Subrayando **también que ese tribunal tendrá por finalidad complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal en aquellos casos en que en esos sistemas tales procedimientos de enjuiciamiento no existan o sean ineficaces,**

Han convenido en lo siguiente:

Comentario sobre el preámbulo

1) En el preámbulo se enuncian los propósitos principales del proyecto de Estatuto, que tiene por objeto fomentar la cooperación respecto de las cuestiones penales internacionales e instituir una instancia para el enjuiciamiento de personas acusadas de crímenes de trascendencia internacional y, en caso de que fueren condenadas, el castigo apropiado de esas personas. La idea es que se aplique en los casos en que nada permita suponer que exista la posibilidad de que esas personas sean debidamente procesadas ante los tribunales nacionales. Se encara al tribunal como un órgano que completará la jurisdicción nacional y los procedimientos de cooperación judicial internacional en asuntos penales y que no tiene por objeto arrogarse la competencia de los tribunales nacionales ni menoscabar el derecho de los Estados a pedir la extradición y recurrir a otras formas de asistencia judicial internacional en virtud de acuerdos vigentes.

2) El tribunal penal internacional contemplado en el proyecto de estatuto ejercitará su competencia únicamente respecto de los crímenes más graves, es decir los crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto. La competencia del tribunal y las circunstancias en que ejercita esa competencia se delimitan con suma precisión en el estatuto (véase la tercera parte *infra*).

3) Los propósitos enunciados en el preámbulo tienen por finalidad facilitar la interpretación y aplicación del estatuto y, en particular, ayudar en el ejercicio de la facultad conferida al tribunal en el artículo 35.

4) Algunos miembros consideraron que el preámbulo, dada su importancia, debería ser un artículo de la parte dispositiva del Estatuto.

PRIMERA PARTE

DE LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL

Artículo 1.—Del Tribunal

Se instituye un Tribunal Penal Internacional («el Tribunal») cuya competencia y funcionamiento se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

Comentario

1) La primera parte del proyecto de estatuto trata de la creación del Tribunal. En el artículo 1.° se instituye formalmente un Tribunal Penal Internacional (llamado en adelante «el Tribunal»).

2) Como se indica en el preámbulo, el Tribunal se crea con objeto de dotar a la comunidad internacional de un órgano para procesar con las debidas garantías a las personas acusadas de crímenes de carácter internacional, en circunstancias en que no existen o son ineficaces otras modalidades de enjuiciamiento.

3) La cuestión del título que se ha de dar a la estructura jurisdiccional fue objeto de algún debate. En el proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 45.° período de sesiones (1993)[66], la entidad en su conjunto se denominó «Tribunal», reservándose el término «Corte» para los órganos judiciales. Sin embargo, algunos miembros estimaron que era inusual que hubiera una «Corte» dentro de un «Tribunal» y otros prefirieron que no se utilizara en absoluto la palabra «Tribunal» en relación con un órgano permanente que había de ejercer competencia en materia penal. La Comisión convino en que podía utilizarse el término «Cour» («Tribunal» en español) para referirse a la entidad en su conjunto y que cuando órganos determinados hubieran de ejercer funciones específicas (por ejemplo la Junta de Gobierno, la Fiscalía, la Secretaría) debería indicarse expresamente. En varios artículos se hace referencia al «Tribunal» como un todo: estos artículos confieren facultades, funciones u obligaciones a todos los órganos del Tribunal enumerados en el artículo 5 o, en el caso de facultades judiciales, a la Junta de Gobierno, a una Sala de Primera Instancia o a la Sala de Apelaciones, según el caso (véanse los artículos 4, 18, 24, 33 y 43 y el párrafo 1 del artículo 51).

Artículo 2.—De la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas

El Presidente, con la aprobación de los Estados Partes en el presente Estatuto («los Estados Partes»), podrá celebrar un acuerdo por el que se establezca una relación apropiada entre el Tribunal y las Naciones Unidas.

Comentario

1) En el Grupo de Trabajo y en la Comisión se manifestaron divergencias de opinión sobre la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas. Varios miembros de la Comisión eran partidarios de que el Tribunal se crease como órgano subsidiario de las Naciones Unidas en virtud de resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, sin que fuera necesario ningún tratado. Otros mostraban una firme preferencia por la creación de un órgano de la ONU mediante la revisión de la Carta de las Naciones Unidas. Otros aun pensaban que la idea de tal revisión estaba reñida con la realidad e incluso era poco aconsejable a la sazón y proponían otro tipo de vínculo con la Organización de las Naciones Unidas, como un acuerdo de establecimiento de relaciones parecido al concertado entre las Naciones Unidas y el Organismo Internacional de Energía Atómica[67] (véase el artículo XVI del Estatuto del OIEA[68]).

2) Se manifestó firme apoyo a la idea de un mecanismo jurisdiccional basado en resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, aduciendo que ello reflejaría la voluntad de la comunidad internacional en su conjunto, sería más flexible y colocaría al Tribunal en el marco del sistema de las Naciones Unidas sin necesidad de enmendar la Carta de las Naciones Unidas. La aprobación del Estatuto por un tratado en el que sólo algunos Estados fueran partes sería una posibilidad poco satisfactoria, ya que los Estados en cuyo territorio se cometieran crímenes horribles no serían necesariamente partes en el Estatuto; en algunos casos, esos Estados eran los que con menos probabilidad se convertirían en partes. Aprobar el Estatuto mediante un tratado podría dar la impresión de la existencia de un círculo de Estados «virtuosos» entre los que, en la práctica, no se darían casos que exigieran la intervención de la Corte.

3) Sin embargo, la Comisión llegó a la conclusión de que sería sumamente difícil crear el Tribunal por una resolución de un órgano de la ONU sin el apoyo de un tratado. Las resoluciones de la Asamblea General no imponen a los Estados obligaciones legales imperativas en relación con conductas externas al funcionamiento de la propia Organización. En el presente caso, obligaciones importantes —por ejemplo la obligación de un Estado de entregar a una persona acusada que tenga bajo su custodia para ponerla bajo la custodia del Tribunal—, que son esenciales para el funcionamiento del Tribunal, no pueden imponerse mediante una resolución. Es indispensable a tal efecto la adhesión a un tratado. Además, un tratado aceptado por un Estado de conformidad con sus procedimientos constitucionales normalmente tendrá fuerza de ley dentro de ese Estado, a diferencia de una resolución, y ello puede ser necesario si ese Estado tiene que tomar medidas frente a personas sometidas a su jurisdicción en cumplimiento del Estatuto. Y, finalmente, las resoluciones pueden modificarse fácilmente o incluso revocarse: ello difícilmente sería compatible con el concepto de órgano judicial permanente.

4) En la alternativa entre la celebración de un tratado y la introducción de una modificación en la Carta de las Naciones Unidas, la mayoría prefería lo primero, solución reflejada en el texto del artículo 2, que prevé un acuerdo de establecimiento de relaciones concluido por los órganos competentes de las Naciones Unidas y el Presidente en nombre del Tribunal, pero confía a los Estados Partes en el Estatuto del Tribunal la responsabilidad de velar por su buen funcionamiento. Ese acuerdo de establecimiento de relaciones que se celebraría entre el Presidente, actuando en nombre del Tribunal y con la previa aprobación de los Estados Partes, y la ONU regularía, entre otras cosas, el ejercicio por la Organización de las Naciones Unidas de las facultades y funciones a que se refiere el Estatuto.

[66] Véase nota 48 *supra*.

[67] Resolución 1145 (XII) de la Asamblea General, anexo.

[68] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 276, pág. 3.

5) En cambio, algunos miembros manifestaron firmemente que el Tribunal sólo podría desempeñar adecuadamente su misión si se creaba como órgano de la ONU mediante la modificación de la Carta de las Naciones Unidas. En su opinión, sería la expresión del interés y del deseo de la comunidad internacional organizada de reprimir ciertos crímenes gravísimos. Era lógico que el Tribunal estuviera vinculado orgánicamente con la ONU en cuanto manifestación de esa comunidad. Preferían, pues, que el artículo 2 dijera simplemente que «el Tribunal es un órgano judicial de las Naciones Unidas».

6) Esta última solución, de ser adoptada, tendría consecuencias importantes para el funcionamiento y la financiación del Tribunal. Por ejemplo, la elección de los jueces y de otros cargos correspondería naturalmente a los Estados Miembros que actuarían a través de los órganos políticos competentes de la ONU. La Comisión opina que esta solución requeriría la modificación o la revisión de, entre otras disposiciones, los artículos 3 (De la sede del Tribunal), 4 (De la condición y capacidad jurídicas del Tribunal), 6 (De las condiciones que han de reunir los jueces y de su elección) y 19 (Del reglamento del Tribunal).

7) A pesar de este desacuerdo en el plano de la técnica jurídica, se convino en que el Tribunal sólo podría funcionar eficazmente si establecía una estrecha relación con la ONU, tanto a efectos administrativos, para asentar mejor su universalidad, autoridad y permanencia, como en razón de que el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal podía derivar en parte de las decisiones del Consejo de Seguridad (véase el artículo 23). También se reconoció que habría que resolver la cuestión de las necesidades presupuestarias.

8) En el proyecto de Estatuto se regulan algunas de las cuestiones relativas a los vínculos con la ONU. Otras cuestiones importantes (por ejemplo, las disposiciones presupuestarias) deberán debatirse y zanjarse como parte del proceso de aprobación del Estatuto. La Comisión no ha querido elaborar los pormenores de este último grupo de cuestiones, que sólo pueden resolverse satisfactoriamente en el contexto de una expresión de voluntad general de los Estados de proceder a la creación de un Tribunal. (Véase el apéndice I sobre las cláusulas que habría eventualmente que incluir en un tratado y véase además el apéndice III, en el que figura un examen de las distintas opciones para la relación entre una entidad como el Tribunal y la ONU.)

Artículo 3.—De la sede del Tribunal

1. La sede del Tribunal estará... en... («el Estado huésped»).

2. El Presidente podrá, con la aprobación de los Estados Partes, celebrar con el Estado huésped un acuerdo por el que se establezcan las relaciones entre ese Estado y el Tribunal.

3. El Tribunal podrá ejercer sus poderes y funciones en el territorio de cualquier Estado Parte y, previo acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.

Comentario

1) Será menester celebrar, en nombre del Tribunal, un acuerdo con el Estado que acepte servir de huésped. Dicho acuerdo debería ser celebrado formalmente por el Presidente, previa aprobación de los Estados Partes.

2) Se prevé que el Estado en cuyo territorio tenga su sede el Tribunal pondrá también a disposición de éste establecimientos penitenciarios para la reclusión de las personas condenadas en virtud del Estatuto cuando no se hayan tomado otras disposiciones a tenor del artículo 59. Esto no prejuzga la cuestión de cómo se cubrirán los costos de la ejecución de las penas privativas de libertad, que habrá de regularse de alguna manera.

3) Los juicios se celebrarán en la sede del Tribunal, salvo que se decida otra cosa (véase el artículo 32), pero es posible que otras facultades y funciones del Tribunal y sus diversos órganos hayan de ejercerse en otro lugar, ya sea en el territorio de un Estado Parte, en virtud de un acuerdo de cooperación celebrado con el Tribunal (véase el artículo 51), o incluso en el territorio de un Estado que no sea parte en el Estatuto, en virtud de un acuerdo especial (véase el artículo 56).

Artículo 4.—De la condición y capacidad jurídicas del Tribunal

1. El Tribunal es un organismo permanente al que tienen acceso los Estados Partes de conformidad con el presente Estatuto. Se reunirá cuando sea necesario para conocer de un asunto que le haya sido sometido.

2. El Tribunal gozará en el territorio de cada Estado Parte de la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y el cumplimiento de sus fines.

Comentario

1) En el párrafo 1 del artículo 4 se tienen en cuenta los objetivos de flexibilidad y economía enunciados en el informe del Grupo de Trabajo de 1992, en el que se fijaron los parámetros básicos del proyecto de Estatuto[69]. El Tribunal, aunque es un organismo permanente, se reunirá sólo cuando sea necesario para conocer de un asunto que se le haya sometido. Algunos miembros de la Comisión seguían convencidos de que esto era incompatible con la indispensable permanencia, estabilidad e independencia de un verdadero tribunal penal internacional.

2) El Tribunal gozaría en el territorio de cada Estado Parte de la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y el cumplimientos de sus fines.

[69] Véase nota 49 *supra*.

SEGUNDA PARTE

DE LA COMPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL TRIBUNAL

Artículo 5.—De los órganos del Tribunal

El Tribunal constará de los órganos siguientes:

***a*) La Presidencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 8;**

***b*) La Sala de Apelaciones, Salas de Primera Instancia y otras salas, de conformidad con el artículo 9;**

***c*) La Fiscalía, conforme a lo dispuesto en el artículo 12; y**

***d*) La Secretaría, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.**

Comentario

1) En el artículo 5 se especifican la estructura del mecanismo jurisdiccional internacional que ha de crearse y sus partes constitutivas. Las funciones estrictamente judiciales serán desempeñadas por la Presidencia (véase el artículo 8) y varias salas (véase el artículo 9). La función decisiva de instrucción y acusación de los presuntos culpables será desempeñada por un órgano autónomo, la Fiscalía (véase el artículo 12). El órgano administrativo principal del Tribunal es la Secretaría (véase el artículo 13). Por razones conceptuales, logísticas y de otra índole, los tres órganos deben considerarse como constitutivos de un todo que es el mecanismo jurisdiccional internacional, no obstante la necesaria independencia que, por razones éticas y de imparcialidad, deba existir entre el órgano juzgador y el Fiscal.

2) Se ha puesto especial cuidado en todo el Estatuto en hacer referencia, según el caso, al Tribunal en su totalidad o a determinados órganos que deben desempeñar funciones específicas. Las funciones jurisdiccionales, que en la fase anterior al juicio son principalmente de carácter preliminar o procesal, se confían a la Presidencia (véase el párrafo 4 del artículo 8). Sin embargo, una vez sometido el asunto a una Sala de Primera Instancia o a la Sala de Apelaciones, una u otra Sala ejercerán las diversas facultades y funciones que se confieren al Tribunal en su conjunto (véanse el párrafo 5 del artículo 38 y el párrafo 1 del artículo 49).

Artículo 6.—De las condiciones que han de reunir los jueces y de su elección

1. Los jueces del Tribunal serán personas que gocen de alta consideración moral y reputación de imparcialidad e integridad y que reúnan las condiciones requeridas en sus respectivos países para el ejercicio de las más altas funciones judiciales y tendrán, además:

***a*) Experiencia en derecho penal;**

***b*) Competencia reconocida en derecho internacional.**

2. Cada Estado Parte podrá proponer la candidatura de no más de dos personas, de nacionalidad diferente, que posean la experiencia a que se refiere el apartado *a* o la competencia a que se refiere el apartado *b* del párrafo 1, y que estén dispuestas a desempeñar, cuando sea necesario, sus funciones en el Tribunal.

3. Se elegirán dieciocho jueces por mayoría absoluta de los Estados Partes en votación secreta. Primero se elegirán diez jueces de entre los candidatos designados por poseer la experiencia a que se refiere el apartado *a* del párrafo 1. A continuación se elegirán ocho jueces de entre los candidatos designados por poseer la competencia a que se refiere el apartado *b* del mismo párrafo.

4. No podrá haber dos jueces que sean nacionales del mismo Estado.

5. Los Estados Partes deberán tener presente, al elegir a los jueces, que debe velarse por que estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo.

6. Los jueces serán elegidos por un período de nueve años y, salvo lo dispuesto en el párrafo 7 de este artículo y en el párrafo 2 del artículo 7, no serán reelegibles. No obstante, el juez que haya empezado a conocer de un asunto continuará en funciones hasta que haya concluido el procedimiento.

7. En la primera elección, seis jueces designados por sorteo desempeñarán el cargo por un período de tres años y serán reelegibles, otros seis jueces designados por sorteo lo desempeñarán por un período de seis años y los jueces restantes por un período de nueve años.

8. Los jueces elegidos de entre los candidatos que respondan a las condiciones a que se refiere el apartado *a* o el apartado *b*, respectivamente, del párrafo 1 serán reemplazados por personas designadas por responder a la misma condición.

Comentario

1) En el artículo 6 se establece el requisito básico de que los jueces sean personas que gocen de alta consideración moral y reputación de imparcialidad e integridad y reúnan las condiciones requeridas en sus respectivos países para el ejercicio de las más altas funciones judiciales. También se aborda la difícil cuestión de la especialización de los jueces y se trata de establecer un equilibrio entre la experiencia en derecho penal y derecho procesal penal (cuya importancia se subrayó en muchos comentarios de los Estados y en los debates de la Sexta Comisión) y la experiencia en el campo del derecho internacional.

2) Para lograr un buen equilibrio entre esas dos condiciones, se prevé en el artículo 6 la elección por separado de candidatos que tengan una especialización en derecho y procedimiento penales y de candidatos con experiencia en derecho internacional. Se entiende que el requisito de la experiencia en derecho procesal penal incluye experiencia como jueces, fiscales o abogados en causas penales. Asimismo, se entiende que el requisito de reconocida experiencia en derecho internacional puede cum-

plirse con experiencia en derecho humanitario internacional y en la normativa internacional de los derechos humanos. Tres de los diez jueces elegidos de entre los candidatos con experiencia en derecho procesal penal formarán parte de cada Sala de Primera Instancia (véase el párrafo 5 del artículo 9). Los ocho jueces elegidos de entre los candidatos con reconocida experiencia en derecho internacional aportarán al Tribunal el grado de especialización en derecho internacional que sin duda alguna necesitará. Esto no excluye la posibilidad de que se nombre a personas con experiencia en derecho penal y con reconocida experiencia en derecho internacional. En tales casos corresponderá a los Estados que presenten las candidaturas indicar si el candidato se propone por tener experiencia en derecho procesal penal o por su reconocida experiencia en derecho internacional.

3) La elección se hará por mayoría absoluta de los Estados Partes; por consiguiente, para ser elegido, un candidato deberá obtener el voto de la mitad más uno del total de Estados Partes. Podrá ser necesario proceder a varias votaciones sucesivas para conseguir esa mayoría.

4) En el proyecto de Estatuto de 1993[70] se fijaba un mandato relativamente largo de doce años para los jueces. Este período, criticado por algunos Estados por ser demasiado largo, se ha reducido a nueve años, es decir la misma duración que la del mandato de los jueces de la Corte Internacional de Justicia. En cambio, la Comisión reafirmó su opinión de que los jueces no deberían ser reelegibles. La naturaleza especial de una jurisdicción penal internacional milita a favor de ese principio, incluso con un mandato de nueve años. Hay que prever, sin embargo, algunas excepciones a este principio para los casos de transición y para la provisión de las vacantes (véanse el párrafo 7 del artículo 6 y el párrafo 2 del artículo 7).

5) Algunos miembros consideraron que la distinción trazada por el artículo 6 entre personas con experiencia en derecho penal y personas con reconocida experiencia en derecho internacional era demasiado rígida y categórica. A su juicio, bastaría con requerir que los candidatos propuestos tuvieran una de esas calificaciones o ambas, y dejar la cuestión del equilibrio de las calificaciones de los jueces al buen criterio de los Estados Partes.

Artículo 7.—De la provisión de vacantes

1. Las vacantes se proveerán con jueces elegidos de conformidad con el artículo 6.

2. El juez elegido para cubrir una vacante desempeñará el cargo por el resto del período de su predecesor y, si ese período es inferior a cinco años, será reelegible por un nuevo período.

Comentario

1) Las vacantes de jueces o funcionarios pueden sobrevenir por fallecimiento o dimisión o, con arreglo al artículo 15, por separación del cargo. El sustituto es elegido siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 6 por el resto del mandato de su predecesor y si ese mandato es de menos de cinco años contados a partir del día de la toma de posesión, será reelegible.

2) Con arreglo al párrafo 8 del artículo 6, el juez elegido para cubrir una vacante debe reunir las mismas condiciones que su predecesor. Así, por ejemplo, un juez elegido de entre los candidatos con experiencia en derecho procesal penal será sustituido por otro candidato con la misma especialización a fin de mantener el equilibrio general del Tribunal.

Artículo 8.—De la Presidencia

1. El Presidente, el Vicepresidente Primero, el Vicepresidente Segundo y dos Vicepresidentes suplentes serán elegidos por mayoría absoluta de los jueces. Desempeñarán su cargo por un período de tres años o hasta la expiración de su mandato en el Tribunal, si éste finaliza antes.

2. El Vicepresidente Primero o, en su caso, el Vicepresidente Segundo sustituirán al Presidente cuando éste se halle por cualquier causa en la imposibilidad de ejercer sus funciones o haya sido recusado. Uno de los Vicepresidentes suplentes sustituirá a uno u otro Vicepresidente, según sea necesario.

3. El Presidente y los Vicepresidentes constituirán la Presidencia, que estará encargada de:

***a*) Velar por la buena administración del Tribunal;**

***b*) Desempeñar las demás funciones que le confiere el presente Estatuto.**

4. Salvo que se indique otra cosa, las funciones de investigación e instrucción y otras funciones de procedimiento que se confieren al Tribunal en virtud del presente Estatuto podrán ser ejercidas por la Presidencia respecto de cualquier asunto que no se halle sometido a una Sala del Tribunal.

5. La Presidencia podrá, de conformidad con el Reglamento, delegar en uno o varios jueces el ejercicio de cualquiera de las facultades que le confieren el párrafo 3 del artículo 26, el párrafo 5 del artículo 27, los artículos 28 y 29 o el párrafo 3 del artículo 30 respecto de cualquier asunto, hasta que se constituya una Sala de Primera Instancia para ese asunto.

Comentario

1) El Presidente y los dos Vicepresidentes (y los dos suplentes) desempeñan importantes funciones en la administración del Tribunal, en particular como miembros de la Presidencia. Son elegidos por un mandato de tres años, que coincide con la elección de un tercio de los jueces. Al final de cada trienio se reconstituyen la Presidencia y la Sala de Apelaciones (véase el párrafo 2 del artículo 8). Los Vicepresidentes suplentes también serán elegidos de manera que siempre haya tres personas disponibles para constituir la Presidencia.

2) Algunos miembros de la Comisión abogaron muy enérgicamente por que el Tribunal tuviese un Presidente de dedicación exclusiva, que residiría en la sede del Tribunal y estaría encargado, con arreglo al Estatuto, de ve-

[70] Véase nota 48 *supra*.

lar por el buen desarrollo de las actividades jurisdiccionales. Otros insistieron en que era necesaria cierta flexibilidad y en que el Tribunal sería un órgano que sólo se reuniría cuando fuese necesario; en su opinión, establecer el requisito de la dedicación exclusiva del Presidente limitaría innecesariamente el número de candidatos para el cargo. Se convino en que esa disposición no impediría que el Presidente desempeñase sus funciones a tiempo completo cuando las circunstancias así lo exigieran.

3) Además de su función general de administración, la Presidencia tiene, con arreglo al Estatuto, otras funciones de carácter judicial durante la fase previa y la fase siguiente al juicio. El ejercicio de estas funciones se definirá más detalladamente en el Reglamento.

4) En virtud del párrafo 5, la Presidencia puede delegar en uno o varios jueces algunas de las funciones de instrucción que le son propias. Cabe preguntarse si, en este caso, la intervención de un juez en la fase instructoria puede impedirle ser miembro de una Sala de Primera Instancia o de la Sala de Apelaciones, por considerarse esa intervención una presunción de falta de imparcialidad.

5) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que determinar en varias ocasiones si la intervención anterior en un asunto inhabilita a un juez para conocer de ese asunto, a tenor del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce al acusado el derecho a que su causa sea oída «por un tribunal independiente e imparcial»[71]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que «el mero hecho de que el juez haya tomado decisiones antes del juicio no puede, en sí mismo, considerarse suficiente para justificar las dudas en cuanto a su imparcialidad. Lo importante es el alcance y la naturaleza de las medidas adoptadas por el juez...»[72]. Así pues, el juez que ha tenido que determinar, basándose en el sumario, si los elementos reunidos en un asunto, incluidos los cargos formulados por el fiscal, constituyen indicios racionales de criminalidad que justifiquen someter al acusado a las mortificaciones de un proceso, no contraviene al párrafo 1 del artículo 6 del Convenio al intervenir posteriormente en el juicio, puesto que las cuestiones que hubieron de resolverse no eran las mismas que las que se resuelven en el juicio y no se prejuzgaba la culpabilidad[73]. Lo mismo ocurría con la decisión de mantener la prisión preventiva del acusado antes del juicio, decisión que no «podía tener ninguna influencia decisiva sobre la opinión [del juez] en cuanto al fondo»[74]. La situación es diferente cuando el juez tiene la obligación de formarse una opinión provisional en cuanto a la culpabilidad del acusado[75].

[71] Véase también el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[72] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Saraiva de Carvalho* c. *Portugal*, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 286-B (1994), sentencia del 22 de abril de 1994, Secretario del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1994, párr. 35; *Nortier* c. *Pays-Bas*, *ibid.*, vol. 267 (1993), sentencia del 24 de agosto de 1993, que cita casos anteriores.

[73] *Saraiva de Carvalho* c. *Portugal* (véase nota 72 *supra*), párr. 37.

[74] *Ibid.*, párr. 38.

[75] Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Affaire Hauschild, Série A: Arrêts et décisions*, vol. 154, decisión del 26 de septiembre de 1988, Secretario del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1989 («sospecha especialmente confirmada»).

6) En el ejercicio de las funciones que le confiere el Estatuto y, en particular, de la facultad de delegación a tenor del párrafo 5, la Presidencia debe tener en cuenta muy cuidadosamente estos principios. Sin embargo, en opinión de la Comisión, las funciones que confiere el Estatuto en la fase previa al juicio son compatibles con la participación de los miembros de la Presidencia en la composición de la Sala que ulteriormente conozca del asunto. La única excepción es la Sala de Procesamiento, que puede escuchar testimonios y declaraciones en ausencia del imputado. (Véase el comentario al párrafo 5 del artículo 37 *infra*.)

Artículo 9.—De las Salas

1. Después de cada elección de jueces del Tribunal, la Presidencia constituirá lo antes posible, de conformidad con el Reglamento, una Sala de Apelaciones integrada por el Presidente y otros seis jueces, tres de los cuales, por lo menos, deberán ser jueces elegidos de entre los candidatos designados por responder a la condición a que se refiere el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 6. El Presidente del Tribunal presidirá la Sala de Apelaciones.

2. La Sala de Apelaciones tendrá un mandato de tres años. No obstante, los miembros de la Sala de Apelaciones seguirán en funciones si es necesario para concluir un asunto cuyo procedimiento haya comenzado.

3. Los jueces podrán ser reelegidos como miembros de la Sala de Apelaciones.

4. Los jueces que no sean miembros de la Sala de Apelaciones estarán disponibles para formar parte de las Salas de Primera Instancia y de las demás salas que se requieran en virtud del presente Estatuto y para concurrir como miembros suplentes a la Sala de Apelaciones cuando uno de los titulares no esté disponible o sea recusado.

5. La Presidencia designará, de conformidad con el Reglamento, a cinco jueces para que sean miembros de la Sala de Primera Instancia respecto de un asunto determinado. La Sala de Primera Instancia comprenderá por lo menos a tres jueces elegidos de entre las personas designadas por responder a la condición a que se refiere el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 6.

6. El Reglamento podrá disponer la designación de jueces suplentes que asistan al juicio y actúen como miembros de la Sala de Primera Instancia cuando un titular fallezca o se halle incapacitado en el transcurso del juicio.

7. Los jueces que sean nacionales del Estado denunciante o del Estado del que sea nacional el acusado no podrán concurrir a formar la Sala que entienda de ese asunto particular.

Comentario

1) Para permitir la especialización, de entre los seis jueces elegidos para integrar la Sala de Apelaciones, tres por lo menos tendrán reconocida experiencia en derecho

internacional. Así, habrá una mayoría de jueces con experiencia en derecho penal disponibles para formar parte de las Salas de Primera Instancia. Si el Presidente se halla en la imposibilidad de presidir la Sala de Apelaciones, lo hará uno de los Vicepresidentes (véase el párr. 2 del art. 8).

2) Se pretende hacer una diferenciación relativamente estricta entre las funciones inherentes al juicio y las correspondientes a la apelación. Ahora bien, por razones prácticas y de logística, esa diferenciación no puede ser completa. Por ejemplo, es posible que los demás jueces tengan que intervenir como miembros suplentes de la Sala de Apelaciones cuando uno de los titulares de esta última se halla en la imposibilidad de asistir o sea recusado (véase el párr. 4 del art. 9).

3) En los juicios prolongados pueden surgir problemas cuando uno o varios miembros del Tribunal se hallen incapacitados (por ejemplo por razones de salud). En el párrafo 6 se prevé la designación de jueces suplentes que asistan al juicio y sustituyan a los jueces impedidos de asistir al proceso. El objeto de designar jueces suplentes es asegurar que haya cinco jueces disponibles al final de un juicio para decidir sobre el asunto y la imposición de la pena. En particular interesa evitar que haya una sala integrada por cuatro jueces donde las opiniones estén divididas dos a dos y así se abra la posibilidad de un nuevo juicio (véase el párr. 3 del art. 45).

4) Se acordó que, a fin de preservar la imparcialidad, era imprescindible que los jueces de la nacionalidad del Estado reclamante o del Estado del que fuese nacional el acusado no pudieran ser miembros de la Sala que conociera del asunto (véase el párr. 7).

5) Las modalidades de la constitución de una Sala de Primera Instancia se establecerán en el Reglamento. En cuanto a este punto, algunos miembros consideraron apropiado que la Presidencia nombrara a los jueces que hubieran de integrarla. Otros estimaron que la composición de la Sala debía predeterminarse anualmente siguiendo el principio de rotación a fin de que todos los jueces tuvieran la oportunidad de participar en la labor del Tribunal. En definitiva, la Comisión pensó que era una cuestión que podía regularse en el Reglamento, teniendo en cuenta la experiencia en la elaboración del Estatuto. Se hizo observar que sería posible constituir varias Salas de Primera Instancia en un momento determinado, si bien, en realidad, sólo podrían reunirse simultáneamente dos Salas de Primera Instancia, en vista del limitado número de jueces.

Artículo 10.—De la independencia de los jueces

1. En el desempeño de sus funciones, los jueces son independientes.

2. Los jueces no realizarán ninguna actividad que pueda obstaculizar el ejercicio de sus funciones judiciales o que pueda menoscabar la confianza en su independencia. En particular, mientras desempeñen su cargo de jueces, no podrán ser miembros de la rama legislativa o la rama ejecutiva del gobierno de un Estado ni de un órgano encargado de instruir o substanciar procesos penales.

3. La Presidencia resolverá sobre toda cuestión relativa a la aplicación del párrafo 2.

4. Por recomendación de la Presidencia, los Estados Partes podrán decidir, por mayoría de dos tercios, que el volumen de trabajo del Tribunal requiere la plena dedicación de los jueces. En tal caso:

***a*) Los jueces ya elegidos que opten por prestar servicios de plena dedicación no desempeñarán ningún otro cargo o empleo; y**

***b*) Los jueces que sean elegidos con posterioridad a esa decisión no desempeñarán ningún otro cargo o empleo.**

Comentario

1) En el artículo 10 se enuncia la norma básica de la independencia de los jueces. Al redactarlo, la Comisión tuvo en cuenta el requisito de garantizar efectivamente la independencia de los jueces así como el hecho de que el Tribunal no será —por lo menos al principio— un órgano que funcionará permanentemente. Así pues, de conformidad con el artículo 17, los jueces no cobran un sueldo, sino un estipendio por cada día en que desempeñen sus funciones. El artículo 10, sin excluir la posibilidad de que un juez desempeñe otras funciones remuneradas (caso que también se contempla en el párrafo 3 del artículo 17), tiene por objeto definir las actividades que podrían poner en peligro la independencia de los jueces y que, por consiguiente, quedan excluidas.

2) Por ejemplo, se dejó claramente sentado que los jueces no podrían ser, al mismo tiempo, miembros de la rama legislativa o ejecutiva del gobierno de un Estado. La referencia a la rama ejecutiva no debe interpretarse en el sentido de que abarque las personas que no ejercen funciones ejecutivas corrientes, sino a las que tienen una función o un cargo independientes. De igual modo, los jueces no deberán intervenir en la instrucción o la substanciación de causas penales en el ámbito nacional. En cambio, los jueces nacionales con experiencia en la dirección de procesos penales serían las personas más idóneas para ejercer las funciones de jueces.

3) Algunos miembros de la Comisión preferirían decididamente un Tribunal que funcione permanentemente, pues están convencidos de que sólo la permanencia le conferirá todas las garantías de independencia e imparcialidad. Otros admiten que el volumen de trabajo del Tribunal puede llegar a ser tal que se necesiten jueces a tiempo completo. En tal caso, el párrafo 4 permite que, por recomendación de la Presidencia, los Estados Partes decidan por mayoría de dos tercios que los jueces desempeñen sus funciones a tiempo completo. De ser así, los jueces ya nombrados podrán optar por la plena dedicación. Los jueces elegidos posteriormente a esa decisión tendrán que hacerlo necesariamente y, en ese caso, no podrán desempeñar ningún otro cargo o empleo (véase también el párr. 4 del art. 17).

Artículo 11.—De la excusa y recusación de los jueces

1. La Presidencia podrá excusar a un juez, a su pedido, del ejercicio de una de las funciones que le confiere el presente Estatuto.

2. Los jueces no participarán en ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente en cualquier calidad o en el que pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad por cualquier motivo, incluido un conflicto de intereses real, aparente o potencial.

3. El Fiscal o el acusado podrán pedir la recusación de un juez en virtud del párrafo 2.

4. Cualquier cuestión relativa a la recusación de un juez será resuelta por decisión de la mayoría absoluta de los miembros de la Sala de que se trate. El juez recusado no tomará parte en la decisión.

Comentario

1) La Presidencia puede eximir a cualquier juez, a su pedido, del ejercicio de una de las funciones que le confiere el Estatuto y puede hacerlo sin dar razón alguna. Los jueces tienen la obligación general de estar dispuestos a actuar en el Tribunal (véase el párr. 2 del art. 6), pero pueden darse circunstancias en que sea necesario, por sólidas razones, excusar a un juez de participar en las actuaciones y en que no sea aconsejable, en interés de la justicia, revelar las razones de esa excusa. Así podría ser en caso de grave riesgo para la seguridad de la persona del juez o su familia. Estas cuestiones se resolverán apelando al buen sentido de la Presidencia y del juez interesado.

2) Además, los jueces tampoco podrán participar en ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente en cualquier calidad o en el que pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad. La frase «en ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente en cualquier calidad» se interpreta en el sentido de que abarca, por ejemplo, la participación del juez en el asunto en calidad de fiscal o de abogado de la defensa. El Fiscal o el acusado pueden plantear la recusación. La decisión incumbirá a la Sala de que se trate.

Artículo 12.—De la Fiscalía

1. La Fiscalía es un órgano autónomo del Tribunal encargado de investigar las denuncias presentadas de conformidad con el presente Estatuto y de ejercitar las acciones penales. Ningún miembro de la Fiscalía solicitará instrucciones de ninguna autoridad externa ni actuará en cumplimiento de tales instrucciones.

2. La Fiscalía estará dirigida por el Fiscal, con la ayuda de uno o varios Fiscales Adjuntos, que ejercerán las funciones de aquél cuando no esté disponible. El Fiscal y los Fiscales Adjuntos tendrán que ser de diferentes nacionalidades. El Fiscal nombrará el personal técnico que sea necesario.

3. El Fiscal y los Fiscales Adjuntos serán personas que gocen de alta consideración moral y que posean el más alto nivel de competencia y experiencia en el ejercicio de las acciones penales. Serán elegidos, en votación secreta, por mayoría absoluta de los Estados Partes de entre los candidatos propuestos por dichos Estados. Salvo que se fije un período más corto en el momento de la elección, desempeñarán su cargo por un período de cinco años y serán reelegibles.

4. Los Estados Partes elegirán un Fiscal y Fiscales Adjuntos que estén dispuestos a desempeñar en cualquier momento las funciones de su cargo.

5. El Fiscal y los Fiscales Adjuntos no intervendrán en relación con una denuncia en que esté implicada una persona de su misma nacionalidad.

6. La Presidencia podrá excusar, a petición del Fiscal o del Fiscal Adjunto, la actuación de éstos en un asunto determinado y resolverá cualquier cuestión que se suscite sobre la recusación del Fiscal o de un Fiscal Adjunto en un caso determinado.

7. Los funcionarios de la Fiscalía estarán sujetos al Reglamento de Personal elaborado por el Fiscal.

Comentario

1) Los artículos 12 y 13 tratan de los otros dos órganos que integran el mecanismo jurisdiccional internacional que ha de establecerse.

2) La Fiscalía es un órgano autónomo integrado por el Fiscal, uno o varios Fiscales Adjuntos y el personal técnico que sea necesario. La importancia de la independencia de la Fiscalía queda subrayada por el precepto según el cual el Fiscal y sus adjuntos no serán elegidos por el Tribunal sino por la mayoría absoluta de los Estados Partes. El Fiscal no debe solicitar instrucciones de ningún gobierno o autoridad externa.

3) El párrafo 4 permite a los Estados Partes elegir a un Fiscal o uno de los Fiscales Adjuntos de entre personas que estén en disposición de desempeñar en cualquier momento las funciones de su cargo, es decir cuando sea necesario. Como el artículo 10, tiene por objeto mantener la flexibilidad del mecanismo del Estatuto y, al propio tiempo, brindar la posibilidad de elegir un Fiscal de plena dedicación si es necesario.

4) Como en el caso de los jueces, el Fiscal o el Fiscal Adjunto no pueden actuar como tales respecto de una denuncia en que esté implicada una persona de la misma nacionalidad.

5) En el párrafo 6 se faculta a la Presidencia para excusar la actuación del Fiscal o del Fiscal Adjunto, a petición de éstos, en un asunto determinado, disposición similar a la del párrafo 1 del artículo 11. También se especifica que la Junta de Gobierno resolverá sobre cualquier cuestión que pueda plantearse respecto de la recusación del Fiscal o del Fiscal Adjunto, bien a tenor del párrafo 5, bien por otros motivos. Esos casos serán probablemente poco frecuentes, ya que el Fiscal desempeña una función esencialmente acusadora y no tiene que satisfacer el mismo requisito de independencia que los jueces conforme al artículo 10. De hecho, algunos miembros de la Comisión opinaron que esta disposición era superflua y estaba en contradicción con la independencia intrínseca de la Fiscalía respecto de los jueces, pero la mayoría estimó que debía conservarse para obviar las dificultades que pudieran surgir.

6) En una versión anterior de este artículo se preveía que el Fiscal nombraría, previa consulta con la Presidencia, el personal técnico de la Fiscalía. Este requisito se eliminó porque la Comisión temía que pusiese en peligro la independencia del Fiscal.

Artículo 13.—De la Secretaría

1. A propuesta de la Presidencia, los jueces elegirán por mayoría absoluta y en votación secreta el Secretario, quien será el principal funcionario administrativo del Tribunal. Por el mismo procedimiento podrán elegir un Secretario Adjunto.

2. El Secretario desempeñará su cargo por un período de cinco años, será reelegible y ejercerá su función a tiempo completo. El Secretario Adjunto desempeñará su cargo por un período de cinco años, o por un período más corto, según se decida, y deberá estar dispuesto a desempeñar las funciones que se le asignen.

3. La Presidencia podrá nombrar o autorizar al Secretario para que nombre los demás funcionarios de la Secretaría que sean necesarios.

4. Los funcionarios de la Secretaría estarán sujetos al Reglamento de Personal elaborado por el Secretario.

Comentario

1) El Secretario, que es elegido por el Tribunal, es el principal funcionario administrativo y es reelegible. El Estatuto confiere al Secretario importantes funciones en cuanto depositario de notificaciones y cauce de comunicación con los Estados. También puede elegirse, de ser necesario, un Secretario Adjunto.

2) El artículo 13 reglamenta no sólo la elección del Secretario sino también el nombramiento de los demás funcionarios de la Secretaría y determina las normas a las que éstos estarán sujetos. Como en el caso del artículo 12, habrán de tomarse disposiciones financieras para la contratación de personal en relación con la aprobación del Estatuto.

Artículo 14.—De la promesa solemne

Los jueces y los funcionarios del Tribunal, antes de tomar posesión del cargo de conformidad con el presente Estatuto, prestarán la promesa pública y solemne de ejercer sus funciones con imparcialidad y en conciencia.

Comentario

Deben hacer esta promesa no solamente los jueces sino también los demás funcionarios del Tribunal, es decir el Fiscal y los Fiscales Adjuntos, el Secretario y el Secretario Adjunto.

Artículo 15.—De la separación del cargo

1. El juez, el Fiscal o el funcionario del Tribunal del que se demuestre que ha cometido una falta en el ejercicio de sus funciones o una infracción grave del presente Estatuto, o que se halla en la imposibilidad de desempeñar las funciones prescritas en el presente Estatuto por causa de una larga enfermedad o de una discapacidad, será separado de su cargo.

2. Toda decisión de separación del cargo en virtud del párrafo 1 se tomará en votación secreta:

***a*) En el caso del Fiscal o de un Fiscal Adjunto, por mayoría absoluta de los Estados Partes;**

***b*) En los demás casos, por mayoría de dos tercios de los jueces.**

3. El juez, el Fiscal o cualquier otro funcionario cuya conducta o idoneidad para el cargo se haya impugnado dispondrá de todas las facilidades para aportar pruebas en su defensa y presentar sus alegatos, pero no podrá intervenir de ninguna otra manera en el examen de la cuestión.

Comentario

1) El artículo 15 trata tanto de la separación del cargo por falta o infracción grave del Estatuto como de la separación del cargo por causa de enfermedad o incapacidad. Se aplica por igual a los jueces y a los demás funcionarios. En el caso del Fiscal o de uno de los Fiscales Adjuntos, la separación debe ser decretada por la mayoría de los Estados Partes, con lo que se pone de relieve, una vez más, la importancia atribuida a la independencia de la Fiscalía.

2) Se dispone que en el reglamento se incluirán procedimientos destinados a garantizar un tratamiento imparcial al juez o funcionario interesados, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3.

3) Algunos miembros señalaron que esta disposición se apartaba del artículo correspondiente del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 18), que exige la unanimidad de los demás miembros de la Corte para decidir que el juez ha dejado de satisfacer las condiciones requeridas. La opinión general fue que la mayoría de dos tercios era una garantía suficiente y que el requisito de la unanimidad era demasiado estricto.

Artículo 16.—De los privilegios e inmunidades

1. Los jueces, el Fiscal, los Fiscales Adjuntos y el personal de la Fiscalía, el Secretario y el Secretario Adjunto gozarán de los privilegios, inmunidades y facilidades de un agente diplomático en el sentido de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 16 de abril de 1961.

2. El personal de la Secretaría gozará de los privilegios, inmunidades y facilidades necesarios para el desempeño de sus funciones.

3. Los abogados, los peritos y los testigos ante el Tribunal gozarán de los privilegios e inmunidades

necesarios para que puedan cumplir sus obligaciones con total independencia.

4. Los jueces podrán, por mayoría absoluta, adoptar la decisión de revocar el privilegio o levantar la inmunidad conferidos a tenor de este artículo, salvo que se trate de la inmunidad de un juez, del Fiscal o del Secretario como tales. En el caso de los funcionarios y del personal de la Fiscalía o de la Secretaría, sólo podrán hacerlo por recomendación del Fiscal o del Secretario, según corresponda.

Comentario

1) El artículo 16 se refiere a los privilegios, inmunidades y facilidades que han de reconocerse a los jueces, funcionarios y demás personal del Tribunal, así como a los abogados, peritos y testigos que comparezcan ante él. Puede compararse con el Artículo 19 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y con el artículo 30 del Estatuto del Tribunal Internacional[76]. En el caso de los jueces, el Fiscal, los Fiscales Adjuntos y el personal de la Fiscalía así como en el del Secretario y del Secretario Adjunto, el ejercicio de las funciones exige una amplísima libertad y por ello se les reconocen expresamente los privilegios, inmunidades y facilidades de los agentes diplomáticos. Se hace referencia a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 16 de abril de 1961, ya que esa Convención contiene las normas más desarrolladas y más ampliamente aceptadas sobre el tema.

2) La situación del personal de la Secretaría se rige por el principio de la inmunidad funcional. Como es de suponer que la mayor parte de su trabajo se realizará en la sede del Tribunal, la cuestión de las facilidades que se concedan en esa sede tendrá que regularse en el acuerdo con el Estado huésped, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3.

3) Se reconocen a los abogados, los peritos y los testigos los mismos privilegios, inmunidades y facilidades concedidos a los abogados, expertos y testigos que intervienen en actuaciones ante la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el párrafo 3 del Artículo 42 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

4) Está previsto que los jueces puedan levantar la inmunidad, pero esto no se aplica a las acciones u omisiones de un juez, del Fiscal o del Secretario como tales, es decir, mientras actúan en el desempeño de su cargo. El Fiscal y el Secretario deben prestar su consentimiento en toda decisión de levantar la inmunidad de alguno de sus funcionarios respectivos.

Artículo 17.—De los estipendios y gastos

1. El Presidente percibirá un estipendio anual.

2. Los Vicepresidentes percibirán un estipendio especial por cada día que desempeñen las funciones de Presidente.

3. Con sujeción a lo preceptuado en el párrafo 4, los jueces percibirán un estipendio diario durante el período en que ejerzan sus funciones. Podrán seguir percibiendo un salario por cualquier otro empleo que ocupen, bajo reserva de lo dispuesto en el artículo 10.

4. Si se decide, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 10, que los jueces deberán en adelante prestar servicios de plena dedicación, los jueces ya elegidos que opten por la plena dedicación y los jueces que sean elegidos con posterioridad a esa decisión percibirán un sueldo.

Comentario

1) El artículo 17 refleja el hecho de que, si bien el Tribunal no ha de ser un órgano que funcione permanentemente, el Presidente, según se explica en el comentario al artículo 8, debe poder desempeñar su cargo a tiempo completo si es necesario. De ahí que se haga una distinción entre el estipendio diario o especial propuesto para los jueces y los Vicepresidentes y el estipendio anual propuesto para el Presidente.

2) Como se señala en el comentario al artículo 10, los Estados Partes podrán decidir ulteriormente, habida cuenta del número de asuntos sometidos al Tribunal, que los jueces se desempeñen a tiempo completo. El párrafo 4 dispone en tal caso el pago de sueldos por plena dedicación en vez de estipendios.

Artículo 18.—De los idiomas de trabajo

Los idiomas de trabajo del Tribunal serán el francés y el inglés.

Comentario

El francés y el inglés serán los idiomas de trabajo del Tribunal, sin perjuicio de que un juicio determinado se desarrolle simultáneamente en el idioma del acusado y de los testigos junto con los idiomas de trabajo (véase el art. 41, párr. 1, apartado *f*).

Artículo 19.—Del reglamento del Tribunal

1. Con sujeción a lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, los jueces podrán dictar, por mayoría absoluta, el reglamento aplicable al funcionamiento del Tribunal en virtud del presente Estatuto, incluidas normas por las que se rijan:

***a*) La dirección de la instrucción;**

***b*) El procedimiento que habrá de seguirse y las normas sobre la práctica de la prueba que hayan de aplicarse;**

***c*) Cualquier otra cuestión que sea necesaria para la aplicación del presente Estatuto.**

2. El reglamento inicial del Tribunal será preparado por los jueces dentro de los seis meses siguientes a las primeras elecciones para integrar el Tribunal y se someterá a una conferencia de Estados Partes para su aprobación. Los jueces podrán decidir que una norma que se adopte en lo sucesivo con arreglo al párrafo 1 sea sometida igualmente a una conferencia de Estados Partes para su aprobación.

[76] Véase nota 56 *supra*.

3. En cualquier caso al que no se aplique el párrafo 2, las normas que se dicten con arreglo al párrafo 1 serán transmitidas a los Estados Partes y podrán ser confirmadas por la Presidencia, a menos que, dentro de los seis meses posteriores a su envío a los Estados Partes, la mayoría simple de estos últimos haya comunicado por escrito su oposición.

4. Toda norma podrá prever su aplicación provisional durante el período anterior a su aprobación o confirmación. Toda norma no aprobada o no confirmada quedará derogada.

Comentario

1) El artículo 19 trata las disposiciones del reglamento del Tribunal relativas a la instrucción del sumario así como a la dirección del juicio propiamente dicho. Abarca cuestiones relativas al respeto de los derechos del acusado, al procedimiento, a la práctica de la prueba, etc.

2) En relación con el apartado *b* del párrafo 1, un miembro de la Comisión opinó que la adopción de normas aplicables a la práctica de la prueba era demasiado compleja y podía entrañar la promulgación de normas legislativas de fondo. En principio, esto no debería entrar en el ámbito de la competencia del Tribunal. Otros miembros consideraron que sería engorroso y nada flexible incluir todas las normas de procedimiento y de práctica de la prueba en el Estatuto propiamente dicho y que debería dejarse que los jueces resolvieran esta cuestión con la aprobación de los Estados Partes.

3) Para que los Estados Partes participen más estrechamente en la formulación del reglamento, el artículo 19 prevé que el primer cuerpo de normas reglamentarias será redactado por los jueces pero aprobado por los propios Estados Partes en una conferencia. En adelante, para conservar un margen de flexibilidad, los jueces podrán tomar la iniciativa de proponer cambios en el reglamento, pero estas modificaciones sólo tendrán efecto definitivo si las aprueban los Estados Partes, ya sea en una reunión, ya sea mediante un procedimiento especial de notificación con arreglo al párrafo 3. Es de suponer que este procedimiento sumario especial se aplicaría en el caso de modificaciones menores, en particular las que no planteasen cuestiones de principio. Hasta que lo aprobaran los Estados Partes con arreglo a uno de los dos procedimientos, debería darse al reglamento efecto provisional.

4) Algunos miembros de la Comisión expresaron su preocupación por la posibilidad de que se aplicaran normas provisionales a un asunto dado que no fueran posteriormente aprobadas por los Estados Partes. En su opinión, si no se encomendaba a los jueces la elaboración de normas sin necesidad de una aprobación ulterior, tampoco debían poder esos jueces elaborar normas de efecto provisional. La idea de unas normas de efecto provisional resultaba especialmente difícil de aceptar en materia penal. La Comisión estimó por otra parte que, aunque la facultad de dar efecto provisional a una norma debía ejercerse con prudencia, podía haber casos en que fuera necesaria y debía permitirse cierta flexibilidad.

TERCERA PARTE

DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Comentario

1) La tercera parte del proyecto de Estatuto, relativa a la competencia, es esencial. Leída juntamente con algunas disposiciones de la quinta parte (en particular los artículos 34, 35 y 37) limita la diversidad de los casos de los que puede ocuparse el Tribunal, de manera de restringir la aplicación del Estatuto a las situaciones y finalidades a que se hace referencia en el preámbulo.

2) Dos ideas fundamentales subyacen inicialmente en la estrategia de competencias prevista para el Estatuto y se expresaron en el informe de 1992 del Grupo de Trabajo[77]. La primera era que el Tribunal debía ejercer competencia sobre crímenes de carácter internacional definidos por tratados vigentes y que, como corolario, el propio Estatuto tendría un carácter primordialmente procedimental y adjetivo. La segunda idea era que el Estatuto debía distinguir, al igual que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entre participación y apoyo a la estructura y funcionamiento del Tribunal, por una parte, y aceptación de su jurisdicción para intervenir en un determinado caso, por otra. El proceso de aceptación sería un proceso aparte (como el del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

3) En gran medida, estas premisas siguen reflejándose en el proyecto de artículos. Así, sigue siendo una importante norma de competencia la relativa a los crímenes definidos en una lista de tratados en vigor (véase el apartado *e* del artículo 20) y la competencia con respecto a esos crímenes se basa esencialmente en el consentimiento de los Estados interesados (a este principio se hace referencia algunas veces como principio de «competencia cedida») (véase el comentario al artículo 21 *infra*). Pero los dos principios han sufrido algunas modificaciones y cierto desarrollo.

4) La primera modificación se refiere a los crímenes en virtud del derecho internacional general. La distinción entre crímenes en virtud de tratados y crímenes en virtud del derecho internacional general puede ser difícil de trazar. El crimen de genocidio ofrece un importante ejemplo: no cabe duda de que el genocidio, tal como se define en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, es un crimen tipificado en el derecho internacional general.

5) En 1993, una mayoría llegó a la conclusión de que los crímenes en virtud del derecho internacional general no podían excluirse por entero del proyecto de Estatuto. En consecuencia, se dio al Tribunal competencia sobre esos crímenes de manera genérica. Se definieron como crímenes

> todo crimen en virtud del derecho internacional general, es decir de una norma de derecho internacional aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma de carácter tan fundamental que su violación da lugar a la responsabilidad criminal individual[78].

[77] Véase nota 49 *supra*.

[78] Apartado *a* del párr. 2 del artículo 26 del proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional de 1993 (véase nota 48 *supra*).

La competencia estaba limitada por los requisitos de aceptación por parte de los Estados en cuyo territorio se hubiese cometido el presunto crimen y en cuyo territorio se hallase presente el sospechoso. Pero esta disposición tropezó con considerables críticas en la Sexta Comisión y en los comentarios de los Estados, aduciéndose que una simple referencia a los crímenes con arreglo al derecho internacional general era muy incierta y que daría excesivas facultades al tribunal propuesto para ocuparse de una conducta sobre la base de que constituía un crimen en virtud del derecho internacional general.

6) La Comisión admite que estas críticas no carecen de fundamento y que, en el contexto de un sistema jurisdiccional nuevo y no probado, las disposiciones de referencia indeterminada deben evitarse. Por consiguiente, ha limitado la competencia del Tribunal sobre los crímenes en virtud del derecho internacional general a una serie de casos concretos, sin perjuicio de la definición y contenido de esos crímenes a otros efectos (véase *infra* el comentario a los apartados *a* a *d* del artículo 20).

7) La segunda modificación se refiere al alcance de la competencia inherente («compétence propre») al Tribunal. Un ejemplo de crimen tipificado en el derecho internacional general que merece ser incluido es el crimen de genocidio, cuya definición en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, tiene plena autoridad. El artículo II de la Convención dispone:

> En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:
>
> *a*) Matanza de miembros del grupo;
>
> *b*) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
>
> *c*) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
>
> *d*) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
>
> *e*) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

A juicio de la Comisión, la prohibición del genocidio tiene una importancia tan fundamental y las ocasiones de que exista una duda o discusión legítima sobre si una determinada situación equivale al genocidio son tan limitadas, que el Tribunal debería, excepcionalmente, tener competencia inherente sobre ese crimen por virtud exclusivamente de la participación de los Estados en el proyecto de Estatuto, sin otro requisito de consentimiento o aceptación por parte de un Estado determinado. El proyecto de Estatuto así lo dispone. Los argumentos en favor de considerar esa «competencia inherente» se ven poderosamente reforzados por la propia Convención sobre el genocidio, que no confiere competencia sobre éste a otros Estados sobre la base del principio *aut dedere aut judicare* sino que prevé expresamente que se confiera a un tribunal penal internacional que se cree (art. VI). Se puede considerar así que el proyecto de Estatuto completa a este respecto el esquema para la prevención y la sanción del genocidio iniciado en 1948, en una época en que se necesitan medidas eficaces contra quienes cometen genocidio.

8) En la tercera parte del proyecto de Estatuto se recogen algunos otros cambios importantes. En el proyecto de 1993 se distinguía entre dos «elementos» de competencia en relación con los crímenes previstos en el derecho convencional: *a*) competencia sobre los crímenes de carácter internacional[79] y *b*) crímenes en virtud de las convenciones llamadas «represivas»[80]. Como se señalaba en el informe del Grupo de Trabajo de 1993, puede trazarse una distinción «entre tratados que definen los crímenes como crímenes internacionales y tratados que simplemente prevén la supresión de comportamientos indeseables que constituyen crímenes en virtud del derecho nacional»[81]. Aunque la distinción refleja *grosso modo* una distinción entre un comportamiento específicamente definido como crimen, independientemente de cualquier ordenamiento jurídico nacional determinado, y un comportamiento que un tratado requiere que se considere criminalmente punible en virtud del derecho nacional, puede ser difícil de establecer en el contexto de algunos de los tratados enumerados en el proyecto de Estatuto de 1993 y su mantenimiento incrementaría el grado de complejidad. Por estas razones se ha abandonado la distinción (véanse el apartado *e* del artículo 20 y la lista de crímenes definidos en tratados que figuran en el anexo). Esto no quiere decir que todos los crímenes a que se hace referencia en el anexo sean del mismo carácter ya que ciertamente no es así.

9) Pero esto ha planteado un nuevo problema. Otra característica de las «convenciones represivas» (por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 20 de diciembre de 1988, que es con mucho el ejemplo más importante de este grupo) es que abarcan una amplia gama de comportamientos, muchos de los cuales, tomados aisladamente en el contexto del enjuiciamiento de una sola infracción, no son de interés internacional sustancial. Si la competencia del Tribunal se ha de limitar de manera apropiada, habría que excluir del todo esos tratados (lo que en el caso de la Convención de 1988 más arriba mencionada no sería deseable) o habría que elaborar otras disposiciones limitativas de la competencia.

10) El proyecto de Estatuto ahora adoptado sigue la segunda opción. En el anexo al Estatuto se enumeran tratados multilaterales en vigor en los que se definen claramente como criminales comportamientos determinados de interés internacional y se extiende la competencia de los Estados sobre ese comportamiento. La competencia del Tribunal se extiende a ciertos crímenes definidos en esos tratados, sean o no convenciones «represivas» como se definieron más arriba. Al mismo tiempo, además de requerir la aceptación de la jurisdicción del Tribunal con respecto a esos crímenes por parte de los Estados interesados, el Estatuto trata de limitar el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal mediante disposiciones que den efecto a las políticas expuestas en el preámbulo. Las disposiciones al respecto son las siguientes:

a) el apartado *e* del artículo 20 (el Tribunal tiene competencia para conocer de los crímenes definidos en tratados únicamente en los casos en que, «habida cuenta

[79] *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, anexo, art. 22.

[80] *Ibid.*, art. 26, párr. 2.

[81] *Ibid.*, párr. 5 del comentario al art. 26.

de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional»). Será una cuestión prejudicial y el Tribunal habrá de determinar, con arreglo al artículo 34, si ello es así en cada caso;

b) el artículo 25 (deberá presentar una denuncia un Estado que haya aceptado la competencia del Tribunal respecto del crimen de que se trata);

c) el artículo 27 (la Presidencia deberá determinar si, teniendo presente el artículo 35, el Tribunal debe conocer del asunto);

d) el artículo 34 (el acusado o un Estado interesado pueden impugnar la competencia en una primera etapa del procedimiento);

e) el artículo 35 (el Tribunal tiene facultades discrecionales para decidir, habida cuenta de criterios concretos relacionados con los propósitos del Estatuto, sobre la admisibilidad de un asunto determinado).

11) Es, pues, mediante la combinación de una competencia definida, claros requisitos de aceptación de esa competencia y controles sobre el ejercicio de la competencia como el Estatuto trata de asegurar, con arreglo a los términos empleados en el preámbulo, que la finalidad del Tribunal sea «complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal» en aquellos casos en que en esos sistemas no existan o no sean eficaces los procedimientos de enjuiciamiento.

12) Dicho esto, algunos miembros de la Comisión expresaron su insatisfacción ante el enfoque restrictivo adoptado con respecto a la jurisdicción del Tribunal (exceptuados los casos de genocidio). A su juicio, las diversas restricciones impuestas al Tribunal, y en particular los requisitos restrictivos de aceptación contenidos en el artículo 21, podían frustrar su funcionamiento en muchos casos e incluso hacer inútil la búsqueda de una jurisdicción penal internacional.

13) Por el contrario, otros miembros de la Comisión consideraron que el Estatuto iba demasiado lejos al conferir una competencia «inherente» aun respecto del crimen de genocidio y que, en el estado actual de la comunidad internacional, la competencia del Tribunal debía definirse únicamente por consenso. Esta cuestión se planteó también en relación con el artículo 23, como se reseña en el comentario a ese artículo.

14) Se hicieron sugerencias en el sentido de que el Tribunal tuviese una competencia consultiva en derecho penal internacional respecto de las cuestiones que le sometieran los órganos de las Naciones Unidas o los propios Estados. La Comisión no ha previsto tal competencia. La función del Tribunal consiste en juzgar a las personas acusadas, con arreglo al Estatuto, de los crímenes comprendidos en el artículo 20, incluidos los crímenes que contravienen los tratados a que se refiere el apartado *e* de ese artículo. Al hacerlo, habrá de interpretar necesariamente esos tratados, pero no parece aconsejable conferirle, en virtud de ellos, una competencia suplementaria de carácter interestatal. Muchos de los tratados contienen sus propias disposiciones en materia de competencia, por ejemplo para someter los litigios relativos a su interpretación o aplicación a la Corte Internacional de Justicia. No hay ningún motivo para sustituir esa competencia.

Artículo 20.—De los crímenes que son de la competencia del Tribunal

El Tribunal tiene competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

***a*) El crimen de genocidio;**

***b*) El crimen de agresión;**

***c*) Las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados;**

***d*) Los crímenes de lesa humanidad.**

***e*) Los crímenes tipificados o previstos en las disposiciones de los tratados especificadas en el anexo y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional.**

Comentario

1) En el artículo 20 se especifican exhaustivamente los crímenes sobre los que tiene competencia el Tribunal en virtud del Estatuto. De hecho, son dos los grupos de esos crímenes: los sancionados por el derecho internacional general (apartados *a* a *d*) y los crímenes definidos en las disposiciones de ciertos tratados o tipificados en cumplimiento de esas disposiciones (apartado *e* y anexo). La distinción es particularmente importante a efectos del artículo 39, que consagra el principio de legalidad *(nullum crimen sine lege)*.

2) Esto no indica en modo alguno que las dos categorías se excluyan mutuamente; por el contrario, hay considerable coincidencia entre ellas. Las condiciones de la existencia de la competencia y del ejercicio de la jurisdicción en virtud de las dos categorías son fundamentalmente las mismas con sujeción al requisito obvio de que el tratado pertinente sea aplicable al acusado (véase el art. 39). La única excepción es el genocidio, al que se refiere exclusivamente el apartado *a* del párrafo 1 y que, como ya se ha explicado, está sujeto a su propio régimen de competencia con arreglo al Estatuto.

3) Por las razones antes indicadas la Comisión llegó a la conclusión de que no debía conferir la competencia mediante una remisión a la categoría general de los crímenes de derecho internacional, sino que debía referirse únicamente a los crímenes concretos que justificaban la inclusión en esa categoría. Incluyó cuatro de esos crímenes: el genocidio, la agresión, las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados y los crímenes de lesa humanidad. En la elección de estos crímenes se ha guiado en particular por el hecho de que tres de estos cuatro crímenes se especifican en el Estatuto del Tribunal Internacional como crímenes en virtud del derecho internacional general que corresponden a la competencia del Tribunal[82]. El crimen de agresión tiene una posición diferente, sobre todo por las responsabilidades especiales del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero la Comisión estimó que también debía incluirse, con sujeción a ciertas salvaguardias. La inclusión de estos cuatro

[82] Véase doc. S/25704, anexo, arts. 3 a 5.

crímenes representó un núcleo de acuerdo común en la Comisión y se ha hecho sin perjuicio de la determinación y aplicación del concepto de crímenes en virtud del derecho internacional general a otros efectos.

4) Como se hizo notar en la introducción a la tercera parte *supra*, el Estatuto es fundamentalmente un instrumento procedimental y adjetivo. No es su función definir nuevos crímenes ni tampoco hacer una codificación con fuerza de autoridad de los crímenes con arreglo al derecho internacional general. En lo que respecta a algunos de esos crímenes, éste es el propósito del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aunque ese proyecto de código no pretende ocuparse de todos los crímenes previstos por el derecho internacional general. Hacerlo requeriría un esfuerzo normativo considerable. En consecuencia, la Comisión ha enumerado los cuatro crímenes, sin más especificación, en los párrafos *a* a *d* del artículo 20. En el siguiente comentario se expone cómo la Comisión interpreta los cuatro párrafos, como orientación para su aplicación por el Tribunal.

5) El menos problemático de ellos es sin duda el genocidio. Se define claramente y con fuerza de autoridad en la Convención de 1948, que ha sido ampliamente ratificada y que prevé que los casos de genocidio pueden remitirse a un tribunal penal internacional. Por las razones expuestas en la introducción a esta parte, la Comisión cree que, excepcionalmente, el Tribunal debe tener competencia propia o inherente sobre el crimen de genocidio, es decir que debería tener jurisdicción para todos los Estados Partes en el Estatuto y debería poder actuar en virtud de una denuncia presentada por cualquier Estado Parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, como se prevé expresamente en su artículo VI.

6) El crimen de agresión presenta más dificultades en cuanto que no existe una definición en un tratado comparable a la del genocidio. En la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, se trata de la agresión por parte de los Estados no como un crimen cometido por individuos, y la resolución tiene por objeto servir de guía al Consejo de Seguridad y no dar una definición para uso judicial. Sin embargo, dadas las disposiciones del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, esa resolución ofrece alguna orientación, y hoy un tribunal está en mejores condiciones que el Tribunal de Nuremberg en 1946 para definir el crimen de derecho consuetudinario de la agresión. Así pues, parecería regresivo excluir la responsabilidad penal individual respecto de la agresión (en particular los actos directamente relacionados con la iniciación de una guerra de agresión) cincuenta años después de Nuremberg. Por otra parte, vistas las dificultades de la definición y aplicación, unidas a la responsabilidad especial del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta, deben tomarse medidas especiales para garantizar que sólo se substancien procedimientos por agresión si el Consejo de Seguridad determina primero que el Estado de que se trata ha cometido una agresión en circunstancias que impliquen el crimen de agresión que es objeto de la acusación (véanse el párrafo 2 del artículo 23 y el comentario).

7) Varios miembros de la Comisión opinaron que no todo acto de agresión es un crimen en virtud del derecho internacional que dé lugar a la responsabilidad penal de los individuos. A su juicio, la norma consuetudinaria, tal como ha evolucionado desde 1945, sólo abarca la iniciación de una guerra de agresión. Se apoyaban en particular en el apartado *a* del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg[83]. También señalaron a la atención el texto de 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»[84], cuyo primer principio dice, entre otras cosas, lo siguiente: «Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad», y los términos del párrafo 2 del artículo 5 sobre la Definición de agresión[85] en la que se dice que: «La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional». A juicio de estos miembros, los términos empleados en esas resoluciones se han de tener en cuenta, ya se trate del derecho interestatal o de la responsabilidad penal de los individuos.

8) El apartado *c* del artículo 20 se refiere a las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados. Esto refleja disposiciones contenidas tanto en el Estatuto del Tribunal Internacional[86] como en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en primera lectura[87]. El artículo 2 del Estatuto del Tribunal Internacional se refiere a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 que estaban y siguen estando en vigor en el territorio de la antigua Yugoslavia. Pero, además, el artículo 3 se refiere a la «violación de las leyes o usos de la guerra». Dispone lo siguiente:

Violación de las leyes o usos de la guerra

El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. Dichas violaciones comprenderán lo siguiente, sin que la lista sea exhaustiva:

a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios;

b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares;

c) Los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos;

d) La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de artes y científicas, o los daños deliberados a éstos;

e) El pillaje de bienes públicos o privados.

9) Este texto puede compararse con la disposición correspondiente del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en primera lectura[88], cuyo artículo 22 dispone lo siguiente:

[83] Anexado al Acuerdo de Londres de 1945, relativo al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 279).

[84] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

[85] Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo.

[86] Véase nota 56 *supra*.

[87] Véase nota 7 *supra*.

[88] *Ibid.*

Artículo 22.—Crímenes de guerra excepcionalmente graves

1. El que ejecute un crimen de guerra excepcionalmente grave, u ordene que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. A los efectos del presente Código, un crimen de guerra excepcionalmente grave es una violación excepcionalmente grave de los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados consistente en cualquiera de los actos siguientes:

a) actos de inhumanidad, crueldad o barbarie dirigidos contra la vida, la dignidad o la integridad corporal o la salud física o mental de las personas [, en particular el homicidio intencional, la tortura, las mutilaciones, las experiencias biológicas, la toma de rehenes, el hecho de obligar a una persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia hostil, el retraso injustificado de la repatriación de prisioneros de guerra después del fin de las hostilidades activas, la deportación o el traslado de poblaciones civiles y las penas colectivas],

b) la instalación de colonos en un territorio ocupado y la modificación de la composición demográfica de un territorio ocupado;

c) el empleo de armas ilícitas;

d) la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que sea dado prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural,

e) la destrucción en gran escala de bienes de carácter civil;

f) el ataque deliberado contra bienes de excepcional valor religioso, histórico o cultural.

10) La Comisión comparte la opinión generalizada de que los crímenes de guerra constituyen una categoría del derecho internacional consuetudinario. Esa categoría coincide con la categoría de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977, pero no es idéntica a ella. En el uso moderno se prefiere hablar de las normas aplicables en los conflictos armados más que de las «leyes de la guerra», en vista de las incertidumbres que existen desde 1945 en cuanto al concepto de «guerra» y en vista de que en la mayoría de los conflictos armados, incluso los de evidente carácter internacional, no hay ninguna declaración formal de guerra. Se hace referencia aquí a las «leyes y usos» no sólo porque se trata de una frase consagrada sino también para poner de relieve que descansa en el derecho internacional (general) consuetudinario. Por otra parte, no todas las infracciones de las leyes de la guerra serán de gravedad suficiente para justificar su inclusión en la competencia del Tribunal y, en consecuencia, se ha hecho más restrictivo el enunciado del apartado *c* mediante el uso de la frase «violaciones graves». Se utiliza la expresión «violaciones graves» para evitar la confusión con las «infracciones graves», término técnico empleado en las Convenciones de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977. De la calificación de una conducta como «infracción grave» en las Convenciones de 1949 y el Protocolo de 1977 no se sigue que esa conducta haya de constituir también una «violación grave», aunque, por supuesto, puede serlo.

11) Por lo que respecta a la cuarta categoría, la expresión «crímenes de lesa humanidad» es, en cambio, un término técnico específico que responde a la posición del derecho internacional general. Pero hay cuestiones no resueltas acerca de la definición de este crimen. Se expresó la opinión de que el concepto de «crímenes de lesa humanidad» suscitaba la difícil cuestión de determinar, en la presente etapa del desarrollo del derecho internacional, cuándo eran enjuiciables esos crímenes —sin un régimen de tratado aplicable— como crímenes internacionales.

12) La noción de crímenes de lesa humanidad fue formulada por primera vez en el apartado *c* del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg[89], aunque dicho Tribunal la aplicó con gran circunspección. La definición se mejoró en textos ulteriores y hoy figura en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional, que dice así:

Crímenes de lesa humanidad

El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional

a) Asesinato,
b) Exterminio,
c) Esclavitud,
d) Deportación,
e) Encarcelamiento;
f) Tortura,
g) Violación,
h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
i) Otros actos inhumanos.

13) Esta formulación se puede comparar con el proyecto de artículo 21 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado provisionalmente en primera lectura[90], que se titula «Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos», pero que sustancialmente abarca el mismo ámbito que el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional. El proyecto de artículo 21 dice lo siguiente:

Artículo 21 —Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos

El que ejecute u ordene que sea ejecutada cualquiera de las siguientes violaciones de los derechos humanos

— asesinato,
— tortura;
— establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso;
— persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales

de una manera sistemática o masiva, o

— deportación o traslado forzoso de poblaciones

será condenado, después de ser reconocido culpable, [a]

14) La Comisión entiende que la definición de crímenes de lesa humanidad abarca actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas cuyo objetivo sea la población civil en su totalidad o en parte. La característica de esos crímenes reside en que son sistemáticos y en gran escala. Las formas particulares del acto ilícito (asesinato, esclavitud, deportación, tortura, violación, encarcelamiento, etc.) son menos decisivas para la definición que los factores de escala y política deliberada, así como el de estar dirigidos contra la población civil en su totalidad o en parte. Es la idea que tiende a reflejar la frase «cometidos contra la población civil» en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional, pero se expone de manera más ex-

[89] Véase nota 83 *supra*

[90] Véase nota 7 *supra*

plícita en el artículo 21 del proyecto de código. La expresión «cometidos contra la población civil» debe entenderse referida a actos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos. Los actos particulares a que se hace referencia en la definición son actos deliberadamente cometidos como parte de ese ataque.

15) Algunos miembros de la Comisión expresaron dudas en cuanto a si era apropiado incluir en el artículo 20 los crímenes definidos por el derecho internacional general. En su opinión, el propósito primordial del proyecto de Estatuto era instituir un tribunal para enjuiciar los crímenes que las partes en el Estatuto acordaran considerar como crímenes internacionales justiciables ante el Tribunal. En el anexo del Estatuto se enumeraban los crímenes internacionales ya definidos o tipificados en tratados multilaterales que eran objeto de amplia aceptación y que eran suficientemente claros y precisos para que pudiera aplicarlos un tribunal penal. Los Estados que pasaran a ser partes en el Estatuto estarían de acuerdo, siempre que se cumplieran las condiciones previas especificadas en los artículos 21 y 22, en confiar al Tribunal el enjuiciamiento de tales crímenes. Dos de los cuatro crímenes enumerados en el artículo 20 (el genocidio y las infracciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados) ya estaban definidos, en todo o en una parte importante, en tratados multilaterales, y era superfluo mencionarlos nuevamente como crímenes de derecho internacional general. Además, tal enumeración planteaba la difícil cuestión de las relaciones entre las normas de un tratado multilateral y el derecho internacional consuetudinario. En cuanto a los otros dos crímenes enumerados (la agresión y los crímenes de lesa humanidad), su definición planteaba graves problemas que no podían tratarse en el Estatuto, que era un instrumento de derecho procesal o adjetivo. Por lo demás, toda enumeración de crímenes de derecho internacional general daba motivos para preguntarse por qué no se incluían también otros crímenes internacionales, como el *apartheid* y el terrorismo.

16) Estos miembros sostuvieron también que, si habían de incluirse en la competencia del Tribunal cualesquiera crímenes de derecho internacional general, el crimen de *apartheid* debía figurar entre ellos. Pusieron de relieve la muy amplia ratificación de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, la condena aún más generalizada de la práctica del *apartheid* y la necesidad de prevenir nuevos brotes de ese crimen, en el África meridional o en otras partes. Otros miembros de la Comisión señalaron que el *apartheid* estaba incluido en la lista de tratados aludida en el apartado *e* del artículo 20; que la referencia, en esa Convención, a las políticas y prácticas de *apartheid* «tal como se practican en el África meridional» era ya inexacta y no correspondía a la realidad y que, dejando a un lado la definición exageradamente amplia del crimen que se daba en la Convención, su carácter de crimen de derecho internacional seguía siendo una cuestión controvertida. En conjunto, la Comisión convino en que, en las circunstancias internacionales del momento y dada la instauración de un régimen democrático en Sudáfrica, bastaba con que la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* fuera uno de los tratados aludidos en el apartado *e* del artículo 20.

17) En este contexto conviene señalar de nuevo que los apartados *a* a *d* del artículo 20 no pretenden ser una lista exhaustiva de crímenes tipificados en el derecho internacional general. Se limitan a mencionar los crímenes definidos por el derecho internacional general que, en el parecer de la Comisión, deben ser de la competencia del Tribunal en la presente etapa, bien por razón de su magnitud, bien porque constituyen una realidad persistente, bien por sus inevitables consecuencias internacionales.

18) El resto de la competencia del Tribunal se refiere a lo que puede denominarse crímenes tipificados en tratados, es decir crímenes de interés internacional definidos en tratados. En aras de la certidumbre, la Comisión cree que estos tratados deben enumerarse exhaustivamente y así se hizo en el artículo 22 del proyecto de Estatuto de 1993[91]. En el anexo del presente proyecto de Estatuto figura la lista de crímenes definidos en tratados, revisada y con la adición de las pocas convenciones «represivas» universales. Los criterios de selección para su inclusión en el anexo fueron, en forma resumida:

a) que el crimen de que se trata está definido en el tratado, de manera que un tribunal penal internacional puede aplicar ese tratado como derecho en relación con el crimen, con sujeción a la garantía *nullum crimen sine lege* contenida en el artículo 39;

b) que el tratado haya creado un sistema de competencia universal basado en el principio *aut dedere aut judicare* o la posibilidad de que un tribunal penal internacional enjuicie el crimen, o ambas cosas, reconociendo así claramente el principio del interés internacional.

19) En el comentario al anexo se dan razones para la inclusión o exclusión de determinados tratados.

20) Además, la Comisión llegó a la conclusión de que se requería alguna otra limitación a la competencia del Tribunal en relación con los tratados del anexo, dado que muchos de esos tratados podían abarcar comportamientos que, aunque graves en sí mismos, correspondieran a la competencia de los tribunales nacionales y que (en el contexto de un caso individual) no exigieran su elevación al nivel de una jurisdicción internacional. Esta otra limitación se logra en el apartado *e*, que requiere que el crimen de que se trate, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituya un crimen excepcionalmente grave de trascendencia internacional.

21) La importancia del carácter sistemático de los hechos incriminados fue subrayada por varios miembros de la Comisión, en particular en el contexto de crímenes relacionados con actividades terroristas. La comunidad internacional no ha elaborado todavía una definición de terrorismo aunque hay definiciones del término en algunas convenciones regionales. Una campaña sistemática de terror cometida por un grupo contra la población civil entraría en la categoría de crímenes tipificados por el derecho internacional general del apartado *d* y si sus motivos son de carácter étnico o racial también en el apartado *a*. Además, de los 14 tratados enumerados en el anexo,

[91] Véase nota 48 *supra*.

seis se refieren específicamente a delitos de terrorismo de un tipo u otro (por ejemplo secuestro, toma de rehenes). Así pues, como subrayaron varios miembros de la Comisión, el terrorismo, cuando es sistemático y sostenido, es un crimen de trascendencia internacional comprendido en el ámbito de uno u otro de los crímenes mencionados en el artículo 20. Además, esos miembros señalaron que está universalmente aceptado que el terrorismo, practicado en cualquiera de sus formas, es un acto criminal.

22) En muchos casos la actividad terrorista es apoyada por el tráfico de estupefacientes en gran escala, que es de innegable trascendencia internacional. En tales casos, como en aquellos a los que se hace referencia en el párrafo anterior, los requisitos del apartado *e* en cuanto al carácter excepcionalmente grave del crimen se cumplirán sin dificultad.

23) Como se señaló antes, el anexo comprende solamente tratados en vigor que definen crímenes de carácter internacional y proporcionan una sólida base para fundamentar la competencia para el enjuiciamiento de esos crímenes por un tribunal penal internacional. No comprende una serie de instrumentos pertinentes que se hallan en curso de elaboración, en particular el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el instrumento propuesto sobre la protección de los integrantes de las fuerzas de mantenimiento de la paz, que se está elaborando en el marco de la Asamblea General. En cuanto al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, varios miembros de la Comisión reafirmaron su opinión de que dicho proyecto era un complemento esencial de un proyecto de estatuto y su esperanza de que los dos instrumentos llegaran a estar vinculados en su aplicación.

Artículo 21.—De las condiciones previas al ejercicio de la jurisdicción por el Tribunal

1. El Tribunal podrá ejercer su jurisdicción respecto de una persona por uno de los crímenes a que se refiere el artículo 20 si:

***a*) En el caso de genocidio, se ha presentado una denuncia a tenor del párrafo 1 del artículo 25;**

***b*) En cualquier otro caso, se ha presentado una denuncia con arreglo al párrafo 2 del artículo 25 y la jurisdicción del Tribunal respecto del crimen ha sido aceptada a tenor del artículo 22:**

i) por el Estado en cuyo territorio el presunto culpable del crimen se halla detenido (el Estado de detención) y

ii) por el Estado en cuyo territorio se produjo la acción u omisión considerada.

2. Si, respecto de un crimen al que se aplica el apartado *b* del párrafo 1, el Estado de detención ha recibido, en virtud de un acuerdo internacional, la solicitud de entrega de un sospechoso presentada por otro Estado con fines de procesamiento y, a menos que esa solicitud sea rechazada, se requerirá además la aceptación por ese otro Estado de la competencia del Tribunal respecto del crimen.

Comentario

1) En el artículo 21 se indican los Estados que han de aceptar la jurisdicción del Tribunal en un crimen de los previstos en el artículo 20 a fin de que éste pueda intervenir. Los modos de aceptación se indican en el artículo 22.

2) El criterio general recomendado por la Comisión es el contenido en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 21. Se requiere la aceptación del Estado que tenga la custodia del imputado del crimen (que la puede tener bien porque sus tribunales son competentes para proceder al enjuiciamiento o bien por haber recibido una petición de extradición) y del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen. Este párrafo debe leerse juntamente con el artículo 53 sobre entrega de un imputado al Tribunal, en particular el párrafo 2, y teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 37, por regla general el imputado debe estar presente ante el Tribunal durante su proceso.

3) El artículo 21 difiere de la disposición equivalente del proyecto de Estatuto de 1993 (art. 24) en varios aspectos. En primer lugar, trata el genocidio separadamente (véase el párr. 6 de este comentario). En segundo lugar, en el apartado *b* del párrafo 1 se privilegia el Estado en que se halla detenido el acusado por contraposición a cualquier Estado que tenga competencia en virtud del tratado pertinente. En tercer lugar, requiere la aceptación por el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen, aplicando así a todos los crímenes distintos del genocidio el requisito de aceptación del proyecto de Estatuto de 1993 respecto de los crímenes considerados en el derecho internacional general. En cuarto lugar, requiere también en esos casos la aceptación de un Estado que ya haya establecido o que pueda establecer su derecho a la extradición del acusado en cumplimiento de una petición de extradición (véase el párr. 2).

4) La expresión «Estado de detención» tiene por objeto abarcar una serie de situaciones, por ejemplo aquella en la que un Estado haya decretado o decrete la prisión de alguna persona a la que se instruyen diligencias por un crimen o tenga a esa persona bajo su vigilancia. Incluiría al Estado que hubiera detenido al sospechoso de un crimen, en aplicación de su propio derecho o en respuesta a una solicitud de extradición. Sin embargo, comprendería también, por ejemplo, a un Estado cuyas fuerzas armadas estuvieran acantonadas en otro Estado y, de conformidad con su sistema de derecho militar, sus autoridades hubieran decretado la prisión de algún miembro de esas fuerzas sospechoso de un crimen. En tal caso, el «Estado de detención» sería el Estado al que pertenecieran las fuerzas y no el Estado huésped. [Si el crimen de que se tratara se cometiere en el territorio del Estado huésped, la aceptación de éste sería también necesaria, naturalmente, en virtud del inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 para que el Tribunal pudiera ejercer su jurisdicción.]

5) Otro elemento importante del Estatuto es el artículo 54, que impone a un Estado Parte del que se requiere la aceptación de la jurisdicción del Tribunal pero que no la acepta la obligación de someter a juicio al imputado o conceder su extradición *(aut dedere aut judicare)* equi-

valente a la obligación incluida en la mayoría de los tratados enumerados en el anexo. Entre las partes en el Estatuto ello integra en efecto al Tribunal Penal Internacional en el sistema existente de jurisdicción y cooperación penal internacional respecto de los crímenes sancionados por tratados (véanse el art. 54 y su comentario *infra*).

6) Varios miembros de la Comisión hubieran preferido que en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 21 se hubiera requerido la aceptación por el Estado de la nacionalidad del acusado además o en lugar de la del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen. A su juicio, la localización del crimen podría ser fortuita y podría incluso ser difícil de determinar, mientras que la nacionalidad representa un vínculo determinado y significativo a efectos de lealtad y jurisdicción. Algunos habrían preferido asimismo el requisito expreso del consentimiento del Estado que sea también víctima del acto de que se trate (véase también el párrafo 9 del comentario al art. 23 *infra*).

7) En vista de la decisión de conferir jurisdicción «inherente» para el genocidio, el artículo 21 trata este crimen por separado. El genocidio es un crimen en virtud del derecho internacional definido por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. A diferencia de los tratados enumerados en el anexo, esta Convención no se basa en el principio *aut dedere aut judicare* sino en el principio de territorialidad. Su artículo VI dispone que las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en la Convención serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en que se cometiera el acto. Sin embargo, como contrapartida de la no inclusión en la Convención del principio de universalidad, el artículo VI dispone también que esas personas podrían ser juzgadas por el tribunal penal internacional que sea competente con respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción. Esto puede interpretarse también como una autorización por los Estados Partes en la Convención que sean también Partes en el Estatuto para que el Tribunal ejerza su jurisdicción sobre un imputado que haya sido transferido al Tribunal por cualquier Estado. Los trabajos relativos al artículo VI apoyan esa interpretación[92]. Por las razones expuestas, la Comisión llegó a la conclusión de que el Tribunal debía tener jurisdicción propia sobre el crimen de genocidio con arreglo a una denuncia hecha por una parte en la Convención respectiva, y el Estatuto así lo dispone [véase el apartado *a* del párr. 1 y véanse también el párr. 1 del art. 25, el apartado *a* del párr. 3 del artículo 51 y el inciso i), apartado *a*, párr. 2 del art. 53].

Artículo 22.—De la aceptación de la jurisdicción del Tribunal a los efectos del artículo 21

1. Todo Estado Parte en el presente Estatuto podrá:

a) En el momento de expresar su consentimiento en obligarse por el Estatuto, mediante declaración depositada en poder del depositario;

b) En cualquier momento posterior, mediante declaración depositada en poder del Secretario,

aceptar la jurisdicción del Tribunal respecto de aquellos de los crímenes mencionados en el artículo 20 que especifique en su declaración.

2. La declaración podrá ser de aplicación general o podrá estar limitada a un comportamiento determinado o a un comportamiento observado durante un período determinado.

3. La declaración podrá hacerse por tiempo determinado, en cuyo caso no podrá ser retirada antes de la expiración de ese período, o por tiempo indeterminado, en cuyo caso sólo podrá retirarse previa notificación de retiro hecha al Secretario con seis meses de antelación. El retiro no afectará a los procesos ya iniciados en virtud del presente Estatuto.

4. Si a tenor del artículo 21 es necesaria la aceptación de un Estado que no es parte en el presente Estatuto, ese Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que el Tribunal ejerza su jurisdicción respecto del crimen de que se trata.

Comentario

1) En el artículo 21 se indican los Estados de los que se requiere la aceptación de la jurisdicción para que el Tribunal se ocupe de un asunto. El artículo 22 se refiere a las modalidades de esa aceptación y está redactado de manera que facilite la aceptación del Estatuto como un todo y de la jurisdicción del Tribunal en un caso dado.

2) El sistema adoptado puede caracterizarse como un sistema de aceptación por el cual no se confiere automáticamente al Tribunal competencia sobre determinados crímenes por el solo hecho de ser parte en el Estatuto sino además por medio de una declaración especial, que puede hacerse en el momento de entrar a ser parte en el Estatuto o con posterioridad. La Comisión estimó que esto reflejaba mejor las consideraciones expuestas en el preámbulo así como su enfoque general de la competencia del Tribunal.

3) En su informe de 1993 el Grupo de Trabajo propuso tres variantes para este artículo, basadas más bien en la idea de la «exclusión expresa» que en la de la «aceptación expresa» de la jurisdicción[93]. En definitiva, la Comisión consideró que el enfoque de la «aceptación» era el adecuado. Otro enfoque podría impedir que el Tribunal entendiera en un caso aun cuando todos los Estados interesados desearan que lo hiciera. En efecto, podría resultar difícil saber, hasta después de presentada una reclamación, cuáles son los Estados que con arreglo al artículo 21, tienen que aceptar la jurisdicción del Tribunal para que éste pueda intervenir. Si se prefiriera un régimen de exclusión expresa su efecto sería impedir que un Estado aceptara la jurisdicción con respecto a una denuncia ya presentada. Esto no sería deseable. Sin duda

[92] Véase el Informe de la Comisión Especial sobre el Genocidio, 5 de abril a 10 de mayo de 1948 [*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, tercer año, séptimo período de sesiones, Suplemento N.° 6* (E/794, 1948), págs. 11 y 12].

[93] Aprobado precedentemente como art. 23 (véase nota 48 *supra*).

sería posible añadir una cláusula dando la posibilidad a los Estados que hubieran formulado inicialmente una declaración de exclusión la posibilidad de retirar su declaración y aceptar la jurisdicción del Tribunal, pero este sería un sistema artificial y complejo y en la práctica, a juicio de la Comisión, no añadiría nada sustancial al artículo 22 tal como está redactado.

4) En concordancia con este enfoque, los párrafos 1 a 3 tratan de la aceptación de la jurisdicción del Tribunal por los Estados Partes en el Estatuto. En el párrafo 1 se prevé la posibilidad de una declaración general con arreglo a la cláusula facultativa contenida en el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esa declaración puede ser de carácter general o estar sujeta a limitaciones *ratione materiae* o *ratione temporis* y puede hacerse por un período limitado. Puede también hacerse en relación con un solo caso.

5) Con respecto a la competencia «propia» del Tribunal en el caso del genocidio (véase el párr. 7 del comentario al art. 20), no será necesaria la aceptación de la competencia en virtud del artículo 22. Sin embargo, se pueden imaginar casos en que los Estados interesados no sean partes en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pero que deseen que el Tribunal ejerza su jurisdicción sobre ese crimen. La referencia general del párrafo 1 a «los crímenes mencionados en el artículo 20» tiene por objeto incluir esos casos excepcionales (véanse también el apartado *b*, párr. 1 del art. 21 y el párr. 2 del artículo 25, redactados en consecuencia).

6) El párrafo 4 trata de la aceptación de la jurisdicción del Tribunal por los Estados que no son partes en el Estatuto. Esto debe ser posible de conformidad con el enfoque general de la jurisdicción del Tribunal expuesto en el preámbulo. Por otro lado, un Estado que no sea parte, todo lo que puede hacer (y que se le puede permitir) es aceptar la jurisdicción del Tribunal en un determinado caso mediante declaración presentada al Secretario. Si desea aprovechar la existencia del Tribunal para aceptar su jurisdicción sobre crímenes, presentar denuncias, etc., ese Estado debe pasar a ser parte en el Estatuto. (Por lo que respecta a la cooperación judicial con Estados que no sean partes, véase el art. 56.)

7) Varios miembros de la Comisión preferirían, sin embargo, un sistema que alentase activamente a los Estados a aceptar la competencia del Tribunal de antemano, antes de que se cometiera un determinado crimen. En consecuencia, apoyan un sistema de exclusión, de manera que los Estados al ser Partes en el Estatuto tuvieran que declarar públicamente que no aceptan la jurisdicción del Tribunal para determinados crímenes.

8) Un miembro de la Comisión fue más lejos, expresando sus profundas reservas con respecto a un sistema de aceptación de jurisdicción que, en su opinión, dejaría el Estatuto sin contenido en cuanto a la competencia del Tribunal. Ello impidió a ese miembro unirse al consenso de la Comisión sobre el sistema del proyecto de Estatuto.

9) Cuando los Estados concluyen un tratado por el que aceptan la jurisdicción del Tribunal sobre los crímenes enumerados en el artículo 20, son libres de depositar ese tratado en poder del Secretario, y esto constituirá declaración suficiente a los efectos de este artículo, siempre que esté claro que todas las partes en el Tratado hayan consentido en ese depósito. Algunos miembros de la Comisión hubieran preferido dejar esto en claro sin lugar a dudas agregando un párrafo que específicamente se ocupase de la remisión de causas al Tribunal por virtud de un tratado.

Artículo 23.—De la intervención del Consejo de Seguridad

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 21, el Tribunal tendrá competencia de conformidad con el presente Estatuto respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 20, si el Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, le somete una cuestión.

2. No podrá presentarse con arreglo al presente Estatuto ninguna denuncia relativa a un acto de agresión o directamente relacionada con ese acto sin que el Consejo de Seguridad haya determinado antes que un Estado ha cometido el acto de agresión objeto de la denuncia.

3. No podrá iniciarse con arreglo al presente Estatuto ningún proceso derivado de una situación de la que se esté ocupando el Consejo de Seguridad por tratarse, a tenor del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, de una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa.

Comentario

1) El párrafo 1 del artículo 23 no constituye una forma de competencia distinta desde el punto de vista del tipo de crímenes de que el Tribunal puede conocer (competencia *ratione materiae*). Más bien permite que el Consejo de Seguridad abra la instancia del Tribunal prescindiendo del requisito de la aceptación de la jurisdicción de éste por un Estado con arreglo al artículo 21 y de la presentación de una denuncia con arreglo al artículo 25. Esta facultad puede ejercerse, por ejemplo, en circunstancias en que el Consejo de Seguridad pueda tener autoridad para establecer un tribunal especial en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La Comisión estimó que esa disposición era necesaria para que el Consejo de Seguridad pudiera hacer uso del Tribunal, como posibilidad alternativa al establecimiento de tribunales especiales y como respuesta a crímenes que sean una afrenta para la conciencia de la humanidad. Por otra parte, la Comisión no tiene el propósito en modo alguno de aumentar las facultades del Consejo de Seguridad definidas en la Carta de las Naciones Unidas, pues se limita a poner a su disposición el mecanismo jurisdiccional creado por el Estatuto.

2) La Comisión entendió que el Consejo de Seguridad normalmente no remitiría al Tribunal un «asunto» en el sentido de una denuncia contra individuos designados por sus nombres. El párrafo 1 del artículo 23 prevé que el Consejo de Seguridad remita al Tribunal una «cuestión», es decir una situación a la que se aplique el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. A continua-

ción incumbiría al Fiscal determinar qué individuos deberán ser acusados de los crímenes a que hace referencia en el artículo 20 dentro de la «cuestión» planteada por el Consejo de Seguridad (véase el párr. 4 del art. 25).

3) Algunos miembros de la Comisión expresaron sus dudas para aceptar la posibilidad de que el Consejo de Seguridad recurriera al Tribunal en cualesquiera circunstancias. Dejando de lado la cuestión del alcance de los poderes que el Capítulo VII confiere al Consejo de Seguridad (véase al respecto el párr. 6 *infra*), les preocupaba que el párrafo 1 del artículo 23 pudiera ser interpretado como un respaldo a la participación activa del Consejo de Seguridad en el procedimiento penal contra individuos sospechosos como autores de crímenes, algo que a su juicio nunca debería incumbir al Consejo de Seguridad.

4) Algunos miembros de la Comisión expresaron también su preocupación respecto de la vinculación entre el Consejo de Seguridad como uno de los órganos principales de la ONU y un órgano creado en virtud de un tratado por un cierto número de Estados. Por otra parte se señaló que existían vínculos institucionales entre la Organización de las Naciones Unidas y algunos órganos convencionales (por ejemplo el Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y que en todo caso el Estatuto debía requerir la participación de una importante proporción de Estados para entrar en vigor.

5) Algunos miembros opinaron que la facultad de someter asuntos al Tribunal en virtud del párrafo 1 del artículo 23 debía conferirse también a la Asamblea General, en particular en casos en que el Consejo pudiera ver obstaculizada su actuación por el veto. Sin embargo, considerando más a fondo la cuestión, se estimó que esta disposición no debía incluirse puesto que la Asamblea General carecía de autoridad en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para afectar directamente a los derechos de los Estados contra su voluntad, especialmente con respecto a cuestiones de jurisdicción penal. La Asamblea General retendría, por supuesto, la facultad que le concede la Carta de la ONU de hacer recomendaciones con respecto a cuestiones incluidas en la competencia del Tribunal y, en función de las disposiciones de cualquier acuerdo con arreglo al artículo 2, tendrá un importante papel que desempeñar en la aplicación del Estatuto.

6) No se ha de entender que la Comisión, al adoptar el párrafo 1 del artículo 23, toma posición en cuanto al alcance de las facultades del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas ni en otro sentido, ni en cuanto a las situaciones en que conviene que esas facultades se ejerzan. Sobre estas cuestiones se expresaron diferentes opiniones durante el debate en la Comisión.

7) Las disposiciones financieras relativas al Tribunal dependerán de la relación que se establezca entre éste y la Organización de las Naciones Unidas, cuestión que se examina en el comentario al artículo 2. Si está claro que los gastos de las actuaciones con arreglo al Estatuto han de sufragarlos los Estados Partes y no a través del sistema de las Naciones Unidas, los costos de los procesos celebrados por aplicación del párrafo 1 del artículo 23 deberán ser objeto de un presupuesto especial.

8) El párrafo 2 del artículo 23 se refiere al caso particular de una imputación de agresión. Toda responsabilidad penal de una persona por un acto o crimen de agresión presupone necesariamente que se ha determinado que un Estado ha cometido un acto de agresión y esa determinación correspondería al Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Pertenecería al Tribunal decidir después si habría lugar para acusar a un individuo, por ejemplo, de haber actuado en nombre de dicho Estado ejerciendo funciones que lo llevaron a participar en la preparación y la consumación de la agresión.

9) Aunque la determinación de la agresión por parte del Consejo de Seguridad es un acto preliminar necesario para que se presente una denuncia con respecto al acto de agresión o directamente relacionada con el mismo, son aplicables las disposiciones normales del proyecto de Estatuto con respecto a la aceptación de la jurisdicción y la presentación de una denuncia, salvo que el Consejo de Seguridad actúe también en virtud del párrafo 1 del artículo 23 con respecto a la agresión.

10) Un miembro de la Comisión dijo preferir que la competencia del Tribunal sobre los crímenes mencionados en los apartados *a* a *d* del artículo 20 dependiera en todos los casos de la autorización previa del Consejo de Seguridad, dadas las inevitables consecuencias para la paz y la seguridad internacionales inherentes a esas situaciones. La Comisión no apoyó esta sugerencia si bien reconoció que, en caso de que el Consejo de Seguridad hubiere tomado ya medidas en virtud del Capítulo VII, podría plantearse la cuestión de la relación entre esas medidas y la competencia del Tribunal, extremo que se trata en el párrafo 3 del artículo 23.

11) Otro miembro señaló que los párrafos 1 y 2 del artículo 23 preveían el ejercicio de las atribuciones del Consejo de Seguridad en relación con el ejercicio de las atribuciones del Tribunal como una «cuestión prejudicial», conocida en algunos sistemas jurídicos. A modo de ejemplo se mencionaron los párrafos 2 y 3 del artículo 177 del Tratado por el que se crea la Comunidad Económica Europea[94].

12) El párrafo 3 del artículo 23 prevé que, en el caso de una situación en relación con la cual el Consejo de Seguridad esté tomando medidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, no se podrá entablar ningún proceso relacionado con dicha situación, salvo que el Consejo de Seguridad decida otra cosa. Se reconoce así la prioridad acordada en el Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad, así como la necesidad de coordinación entre el Tribunal y el Consejo de Seguridad en tales casos. Pero ello no confiere al Consejo de Seguridad un simple derecho de «veto» respecto de la iniciación de procedimientos. Es necesario que el Consejo ya esté adoptando medidas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales o para hacer frente a un acto de agresión. Una vez concluida la acción iniciada en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU se restablece la posibilidad de iniciar procedimientos conforme al Estatuto.

13) Varios miembros de la Comisión opinaron que el párrafo 3 era inaceptable pues no debía permitirse que decisiones políticas adoptadas en otros órganos impidiesen el recurso a los mecanismos previstos en el Estatuto.

[94] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 298, pág. 11.

14) De manera más general, algunos miembros expresaron también la opinión de que, si bien era evidente que las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas tenían precedencia, no era prudente que la Comisión tratase de regular en el Estatuto situaciones en que hubiesen de aplicarse disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, como por ejemplo el Capítulo VII. La interpretación o aplicación de la Carta de las Naciones Unidas —en situaciones políticamente delicadas— era una tarea difícil y compleja que sólo debía acometerse a la luz de la práctica de las Naciones Unidas. Es más, la definición del papel del Consejo de Seguridad respecto del Estatuto era un asunto que debía resolverse en consultas apropiadas entre representantes de la Asamblea General y representantes del Consejo de Seguridad con mandato para hacerlas.

15) También era de considerar que el artículo 23 introduciría en el Estatuto una desigualdad de fondo entre los Estados miembros del Consejo de Seguridad y los que no eran miembros del Consejo, así como entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y los demás Estados, lo que probablemente no alentaría la adhesión masiva de los Estados al Estatuto. Según esta opinión, era preferible no incluir el artículo 23 en el Estatuto e insertar en el tratado, del que el Estatuto sería un anexo, una cláusula de salvaguardia en el preámbulo dejando sentada la primacía de la Carta de las Naciones Unidas. Tal cláusula de salvaguardia se encuentra en el preámbulo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 1974, sobre la Definición de la agresión, que dice así:

> [...] nada de lo dispuesto en la presente Definición podrá interpretarse en ningún sentido que afecte el alcance de las disposiciones de la Carta relativas a las funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas, [...][95]

Artículo 24.—De las obligaciones del Tribunal en materia de competencia

El Tribunal apreciará su propia competencia en todo asunto que se le someta.

Comentario

Este artículo tiene por objeto señalar claramente que el Tribunal (y cada uno de sus órganos, según proceda) debe cerciorarse de que tiene competencia en el asunto en que le toca intervenir. El artículo 34 contiene disposiciones detalladas sobre la impugnación de la competencia. Pero aun cuando no se produzca esa impugnación existe una responsabilidad *ex officio* del Tribunal en materia de competencia.

CUARTA PARTE

DE LA INSTRUCCIÓN Y DEL PROCESO PENAL

Artículo 25.—De la denuncia

1. Todo Estado Parte que sea también Parte Contratante en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, podrá presentar al Fiscal una denuncia para comunicarle que aparentemente se ha cometido un crimen de genocidio.

2. El Estado Parte que acepte a tenor del artículo 22 la jurisdicción del Tribunal respecto de un crimen podrá presentar al Fiscal una denuncia para comunicarle que aparentemente se ha cometido ese crimen.

3. En lo posible, se especificarán en la denuncia las circunstancias del presunto crimen y la identidad y el paradero de cualquier presunto culpable; la denuncia irá acompañada de los documentos justificativos de que disponga el Estado denunciante.

4. En cualquiera de los casos en que se aplique el párrafo 1 del artículo 23, podrá iniciarse la investigación sin que sea necesaria una denuncia.

Comentario

1) El Tribunal se concibe como una institución puesta a disposición de los Estados Partes en su Estatuto y, en algunos casos, del Consejo de Seguridad. La denuncia, que es el mecanismo que activa esta institución e inicia la fase preliminar del procedimiento penal, puede presentarla cualquier Estado Parte que haya aceptado la jurisdicción del Tribunal con respecto al crimen a que se refiera. En el caso del genocidio, crimen en que el Tribunal tiene, sin ningún requisito adicional de aceptación, jurisdicción propia, deberá presentar la denuncia una Parte Contratante en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y, por tanto, facultada para invocar su artículo VI (véase el párr. 1). A este respecto, cabe recordar que cualquier Miembro de las Naciones Unidas, o cualquier otro Estado que sea invitado a ello por la Asamblea General, puede pasar a ser Parte Contratante en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (véase el art. XI de la Convención).

2) En definitiva, la Comisión consideró que la facultad de recurrir al Tribunal mediante denuncia debía limitarse a los Estados Partes. Esto quizá aliente a los Estados a aceptar los derechos y obligaciones establecidos en el Estatuto y a compartir la carga financiera resultante de los costes de funcionamiento del Tribunal. Además, en la práctica, el Tribunal sólo podría encargarse satisfactoriamente de un procedimiento iniciado por denuncia si el denunciante coopera con el Tribunal, con arreglo a la séptima parte del Estatuto, en lo que respecta a cuestiones tales como la presentación de pruebas, la comparecencia de testigos, etc.

3) Como se indicó anteriormente en relación con el artículo 23, en los casos en que el Tribunal tiene jurisdicción en virtud de una decisión adoptada por el Consejo de Seguridad con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la promoción del proceso corresponderá a la Fiscalía y no habrá necesidad de denuncia (véase el párr. 4 del art. 25). La Fiscalía deberá gozar de igual independencia tanto en los casos iniciados con arreglo al párrafo 1 del artículo 23 como en los iniciados por denuncia.

[95] Véase nota 85 *supra*.

4) Un miembro de la Comisión sugirió que el Fiscal debería estar facultado para iniciar la investigación en ausencia de denuncia si existiere el riesgo de que un crimen, sujeto aparentemente a la jurisdicción del Tribunal, no se investigare debidamente en caso de inactividad del Fiscal. Sin embargo, otros miembros consideraron que la investigación y la instrucción de un proceso relativo a crímenes previstos en el Estatuto no debería iniciarse sin el apoyo de un Estado o del Consejo de Seguridad, por lo menos en la actual fase de desarrollo del ordenamiento jurídico internacional.

5) La denuncia tiene por objeto señalar a la atención del Tribunal la aparente comisión de un crimen. La denuncia debe ir acompañada en lo posible de documentos justificativos (véase el párrafo 3). El Tribunal se concibe como una institución que deberá estar disponible siempre que sea necesario pero que no deberá activarse a menos que haya razones para hacerlo. Dados el personal requerido para ello y los costos que supone un procedimiento penal, no debería acudirse a la jurisdicción sobre la base de denuncias inconsistentes, infundadas o de motivación política. Además, el Fiscal debe tener la información necesaria para iniciar la investigación. Esto no significa que la denuncia deba en sí probar la existencia de indicios racionales de criminalidad sino que debe contener información y documentos justificativos suficientes para demostrar que al parecer se ha cometido un crimen sujeto a la jurisdicción del Tribunal y aportar un punto de partida para la investigación.

Artículo 26.—De la investigación de los presuntos crímenes

1. Al recibir una denuncia o la notificación de una decisión del Consejo de Seguridad a tenor del párrafo 1 del artículo 23, la Fiscalía iniciará una investigación, a menos que el Fiscal llegue a la conclusión de que no existe fundamento para promover el procesamiento con arreglo al presente Estatuto y decida no iniciar una investigación, en cuyo caso el Fiscal informará de ello a la Presidencia.

2. El Fiscal podrá:

***a*) Mandar comparecer e interrogar a los presuntos culpables, las víctimas y los testigos;**

***b*) Reunir las pruebas documentales y de otra índole;**

***c*) Proceder a investigaciones en el lugar de los hechos;**

***d*) Adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el carácter confidencial de las informaciones recogidas o la protección de cualquier persona;**

***e*) De ser necesario, pedir la colaboración de cualquier Estado o de la Organización de las Naciones Unidas.**

3. A petición del Fiscal, la Presidencia podrá dictar las órdenes de comparecencia y las órdenes de detención que sean necesarias para la instrucción, incluidas las órdenes de detención provisional de un presunto culpable a tenor del párrafo 1 del artículo 28.

4. Si tras la investigación y atendiendo especialmente a las cuestiones a que se refiere el artículo 35, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para iniciar un proceso con arreglo al presente Estatuto y decide no presentar la acusación, informará de ello a la Presidencia, comunicándole la naturaleza y el fundamento de la denuncia y los motivos de su decisión de no presentar la acusación.

5. A petición de un Estado denunciante o, en el caso previsto en el párrafo 1 del artículo 23, a petición del Consejo de Seguridad, la Presidencia examinará la decisión del Fiscal de no iniciar la instrucción o no presentar la acusación y podrá pedirle que reconsidere su decisión.

6. El presunto culpable de un crimen a tenor del presente Estatuto:

***a*) Será informado, antes de ser interrogado, de las sospechas que recaen en su contra y de sus derechos:**

i) a guardar silencio, sin que tal actitud pueda tomarse en consideración para la determinación de su culpabilidad o inocencia; y

ii) a ser asistido por un defensor de su elección o, si careciere de recursos para designar abogado, a que el Tribunal le nombre de oficio un defensor;

***b*) No será obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable;**

***c*) Cuando deba ser interrogado en un idioma que no comprenda o no hable, se le proporcionarán los servicios de un intérprete competente y la traducción de los documentos sobre los que deba ser interrogado.**

Comentario

1) El Fiscal, al recibir una denuncia, es el encargado de investigar el presunto crimen y de iniciar la acción penal. El Fiscal investigará la denuncia a menos que, tras un examen inicial de la denuncia y de los documentos justificativos, llegue a la conclusión de que no existe fundamento para iniciar la investigación. En este caso, informará de ello a la Presidencia (véase también el párr. 5).

2) Al efectuar la investigación, el Fiscal deberá estar facultado para interrogar a los presuntos culpables, las víctimas y los testigos, para reunir pruebas documentales, realizar investigaciones en el lugar de los hechos, etc. El Fiscal podrá recabar la cooperación de cualquier Estado y pedir al Tribunal que dicte las órdenes oportunas para facilitar la investigación. Durante la investigación, el Fiscal podrá pedir a la Presidencia que dicte órdenes de comparecencia y órdenes de detención, dado que la sala correspondiente no se constituirá hasta una fase ulterior, cuando la investigación haya producido información suficiente para establecer el acta de acusación y se haya adoptado la decisión de continuar el procedimiento.

3) En algunos sistemas penales se establece una distinción entre la fase de la investigación de la denuncia por la policía (*poursuite*, prevención) y la fase ulterior, más formal, de preparación del procedimiento penal bajo el

control del juez instructor (instrucción). Aunque este sistema ofrece cierto número de garantías en cuanto a la integridad del procedimiento penal, no se ha adoptado en el proyecto de estatuto por diversas razones. En primer lugar, porque el Estatuto ofrece sus propias garantías de independencia del procedimiento penal y de los derechos del presunto culpable. En segundo lugar, porque se prevé que las denuncias no se someterán a la consideración del Tribunal sin una investigación preliminar del Estado denunciante, la cual podrá sustituir en cierta medida al procedimiento de investigación inicial. Y, en tercer lugar, porque de lo que se trata en el Estatuto es de crear una estructura flexible que no suponga gastos indebidos ni proliferación de servicios.

4) Las cuestiones de la cooperación de los Estados en la ejecución de las órdenes de comparecencia y las órdenes de detención se tratan en la séptima parte del Estatuto. (Véanse especialmente los artículos 51, 52 y 53.)

5) En la fase de investigación podrá interrogarse a la(s) persona(s) presuntamente culpable(s) de haber cometido un crimen, pero sólo tras haberle(s) informado de los siguientes derechos: a no ser obligado a declarar en su contra o a confesarse culpable; el derecho a guardar silencio sin que dicha actitud comporte una presunción de su culpabilidad o inocencia; el derecho a ser asistido por un defensor de su elección o, si careciere de medios suficientes para pagarlo, el derecho a que se le proporcione un defensor de oficio; el derecho a disponer de intérprete durante el interrogatorio, si es necesario. (Véase el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.)

6) Hay cierta repetición entre las disposiciones relativas a los derechos del presunto culpable, es decir, la persona que se cree que ha cometido un crimen pero aún no ha sido acusada y los derechos del acusado, es decir, la persona acusada oficialmente del crimen mediante el auto de procesamiento confirmado con arreglo al artículo 27. Sin embargo, los derechos del acusado durante el juicio tendrían poco valor sin el respeto de los derechos del presunto culpable durante la investigación, por ejemplo el derecho a no ser obligado a confesar un crimen. Por eso, la Comisión consideró que era importante incluir una disposición separada para garantizar los derechos de una persona durante la fase de la investigación antes de haber sido formalmente acusada de un crimen. También es necesario distinguir entre los derechos del presunto culpable y los derechos del acusado, ya que los primeros no son tan extensos como los segundos. Por ejemplo, en esta fase el presunto culpable no tiene derecho de ofrecer o interrogar testigos ni a que se le comuniquen las pruebas de cargo. Los derechos que se garantizan al acusado figuran en el apartado *e* del párrafo 1 y en el párrafo 2 del artículo 41.

7) Después de la investigación, el Fiscal puede evaluar la información obtenida y decidir si hay o no fundamento suficiente para iniciar la instrucción. En caso negativo, el Fiscal debe informar de ello a la Presidencia, la cual, a petición del Estado denunciante o del Consejo de Seguridad, según el caso, podrá examinar la decisión del Fiscal de no iniciar la instrucción. Esto refleja la opinión de que debe existir cierta posibilidad de examen judicial de la decisión del Fiscal de no iniciar la instrucción. Por otra parte, que la Presidencia dirigiera la instrucción sería incompatible con la independencia del Fiscal y suscitaría dificultades prácticas dado que la función de promover el procedimiento incumbe al Fiscal. De ahí que el párrafo 5 del artículo 26 disponga que la Presidencia pueda pedir al Fiscal que reconsidere la cuestión pero deje a éste la decisión definitiva. Este procedimiento se aplica también en el caso de que el Fiscal, en virtud del párrafo 1, decida no iniciar la instrucción.

8) Algunos miembros de la Comisión preferirían que la Presidencia también estuviese facultada para anular la decisión del Fiscal de no iniciar la instrucción o de no formular la acusación cuando resultase evidente que el Fiscal ha cometido un error de derecho al tomar su decisión. Hay que respetar, por supuesto, las decisiones del Fiscal sobre cuestiones de hecho y en materia de prueba, pero como los demás órganos del Tribunal, el Fiscal está obligado por el Estatuto y, según los partidarios de esta tesis, la Presidencia debe tener la facultad de anular las decisiones que resultan contrarias al derecho.

9) La expresión «fundamento suficiente» en el párrafo 4 pretende abarcar varias situaciones diferentes en las que no estaría justificado proseguir las actuaciones en virtud del Estatuto: primera, cuando no hay indicios de la existencia de un crimen comprendido dentro de la jurisdicción del Tribunal; segunda, cuando hay algún indicio de ese crimen pero el Fiscal decide que las pruebas disponibles no son suficientemente sólidas para que sea probable la condena; tercera, cuando hay indicios racionales de la existencia de un crimen comprendido dentro de la jurisdicción del Tribunal pero el Fiscal considera que el caso probablemente será inadmisible a tenor del artículo 35.

Artículo 27.—Del inicio del proceso penal

1. Si, a raíz de la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que existen fundamentos suficientes para iniciar la acción penal, depositará ante el Secretario un escrito de acusación, incluyendo la relación sucinta de los hechos atribuidos al imputado y la indicación del crimen o crímenes de que se lo acusa.

2. La Presidencia examinará el escrito de acusación y los elementos de prueba y resolverá:

***a*) Si existen a primera vista fundamentos suficientes para iniciar la acción penal por la comisión de un crimen que es de la competencia del Tribunal; y**

***b*) Si, atendiendo especialmente a las cuestiones a que se refiere el artículo 35 y sobre la base de las informaciones disponibles, el asunto debe o no someterse al Tribunal.**

En caso afirmativo, confirmará la acusación y constituirá una Sala de Primera Instancia de conformidad con el artículo 9.

3. Si, después del eventual aplazamiento de la decisión que resulte necesario para un complemento de información, la Presidencia resuelve no confirmar la acusación, informará de ello al Estado denunciante o, en el caso previsto en el párrafo 1 del artículo 23, al Consejo de Seguridad.

4. La Presidencia podrá, a petición del Fiscal, modificar la acusación y, en tal caso, dictará los mandamientos necesarios para que la modificación se notifique al acusado y éste disponga de tiempo adecuado para preparar su defensa.

5. La Presidencia dictará cualesquiera otras providencias necesarias para la conducción del proceso, en particular para:

a) Determinar el idioma o los idiomas que se utilizarán durante el juicio;

b) Requerir la comunicación a la defensa, con tiempo suficiente antes del juicio para que ésta pueda prepararse, de cualesquiera pruebas documentales o de otra índole de que disponga el Fiscal, independientemente de que el Fiscal se proponga o no utilizar esas pruebas;

c) Disponer el intercambio de información entre el Fiscal y la defensa a fin de que ambas partes tengan conocimiento suficiente de las cuestiones que habrán de resolverse en el juicio;

d) Garantizar la protección del procesado, de las víctimas, de los testigos y de la información confidencial.

Comentario

1) En tanto que la denuncia es el documento con el que se inicia la investigación del presunto crimen, el escrito de acusación es el documento sobre cuya base comienza el procedimiento penal. Si, después de la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que existen elementos suficientes como para iniciar la acción penal contra el presunto culpable con respecto a un crimen comprendido dentro de la jurisdicción del Tribunal, y que, habida cuenta del artículo 35, conviene comenzar dicha acción, deberá preparar un escrito de acusación en el que figurarán una relación sucinta de los hechos denunciados y la mención del crimen o los crímenes supuestamente cometidos. A estos efectos, por «fundamentos suficientes para iniciar la acción penal» se entiende la existencia de una presunción fundada en hechos verosímiles que, a no ser que la defensa demuestre su inconsistencia, constituirá una base bastante sólida para establecer la culpabilidad del acusado.

2) El Fiscal presenta luego el escrito de acusación y los necesarios documentos justificativos a la Presidencia, la cual examina la acusación y resuelve si en efecto existe o no un indicio racional de que la persona designada ha cometido el crimen denunciado y si, atendiendo a las cuestiones a que se refiere el artículo 35, el asunto al parecer cae dentro de la jurisdicción del Tribunal. Si la respuesta a ambas cuestiones es afirmativa, la Presidencia deberá confirmar la acusación y constituir una Sala de Primera Instancia, de conformidad con el artículo 9, para celebrar el juicio. En ese momento, cuando la Presidencia del Tribunal ha confirmado la acusación, la persona es acusada oficialmente del crimen y el «presunto culpable» pasa a ser «procesado».

3) Antes de decidir si confirma o no la acusación, la Presidencia podrá pedir al Fiscal que proporcione más información y suspender la decisión mientras se practican las diligencias necesarias para obtener dicha información suplementaria, siempre que, habida cuenta del párrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el procedimiento no sufra una dilación innecesaria. Deberá tenerse en cuenta la dilación especialmente cuando el acusado esté privado de libertad (véanse el párrafo 2 del artículo 28 y el apartado *c*, párrafo 1 del artículo 41). El procedimiento se tramitará en privado y sin notificación al imputado. No requerirá el interrogatorio de los testigos sino que bastará con una lectura de la relación de hechos presentada por el Fiscal, que deberá reflejar plenamente el caso en la forma en que se encuentre en esta fase del procedimiento. (Véase el procedimiento especial de la Sala de Procesamiento previsto en el párrafo 4 del artículo 37.)

4) Aunque esta forma de examen de la acusación es necesaria en aras de la fundamentación del caso y para asegurar que el Tribunal ejerza sólo jurisdicción en las circunstancias previstas en el Estatuto, hay que destacar que no debe considerarse en modo alguno que con el dictado del auto de procesamiento el Tribunal prejuzga la culpabilidad o la inocencia efectivas del acusado. El auto se dicta en ausencia del acusado y sin notificación al mismo, y sin evaluación alguna de los medios de la defensa que se presentarán en el juicio.

5) En algunos sistemas jurídicos el escrito de acusación es un documento público, a menos que por alguna razón especial se ordene que sea «sellado». En contraste con esto, según el Estatuto, el Tribunal sólo hará público el escrito de acusación al comienzo del juicio (véase el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 38), o previa decisión de la Sala de Procesamiento en las circunstancias especiales previstas en el párrafo 4 del artículo 37.

6) En una fase ulterior puede ser necesario, a petición del Fiscal, modificar la acusación, y la Presidencia está facultada para hacerlo en virtud del párrafo 4, garantizando al mismo tiempo que se notifique la modificación al acusado y que éste disponga del tiempo adicional necesario para preparar la defensa. Esa modificación puede comportar cambios en las denuncias concretas efectuadas, siempre que caigan dentro del ámbito de la denuncia original y de la jurisdicción del Tribunal. Si la modificación califica el delito de manera sustancialmente diferente, deberá formularse una nueva acusación, y si se han modificado esencialmente las condiciones que fija el Estatuto para la jurisdicción del Tribunal, podrá ser necesario presentar una nueva denuncia.

7) Una vez confirmada la acusación, la Presidencia podrá dictar orden de detención (al respecto véase el artículo 28) y las demás órdenes requeridas para el procedimiento penal y la celebración del juicio, incluidas las órdenes particulares mencionadas en el párrafo 5 del artículo 27. No obstante, la idea es que la Sala, una vez constituida, se encargue del ulterior procedimiento previo al juicio.

8) Si, después de cualquier aplazamiento que hubiera sido necesario, no se confirma el auto de procesamiento, el procedimiento termina y el presunto culpable, si se encuentra privado de libertad por razón de la denuncia, tendrá normalmente derecho a ser puesto en libertad. Esto naturalmente se entenderá sin prejuicio de cualquier otro fundamento lícito para la detención del presunto culpa-

ble, por ejemplo, en virtud del derecho interno. El Estado denunciante o el Consejo de Seguridad (en un caso promovido por éste a tenor del párrafo 1 del artículo 23) deben ser informados de toda decisión de no confirmar la acusación.

Artículo 28.—De la detención

1. Una vez iniciada la instrucción, la Presidencia podrá en cualquier momento, a petición del Fiscal, dictar una orden de detención preventiva del presunto culpable si:

***a*) Hay motivos serios para creer que éste ha cometido un crimen cuyo enjuiciamiento es de la competencia del Tribunal, y**

***b*) Existe la posibilidad de que no comparezca en el juicio a menos que sea detenido preventivamente.**

2. El presunto culpable detenido preventivamente será puesto en libertad si la Presidencia no ha dictado el auto de procesamiento en un plazo de noventa días a contar de la detención o en un plazo más largo que fije la Presidencia.

3. En cuanto sea posible después del dictado del auto de procesamiento por la Presidencia, el Fiscal pedirá a aquélla que dicte una orden de detención y entrega del presunto culpable. La Presidencia dictará esa orden, a menos que se haya cerciorado de que:

***a*) El presunto culpable comparecerá voluntariamente en el juicio, o**

***b*) Existen circunstancias especiales que hacen innecesario, por el momento, dictar esa orden.**

4. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma; también será informada sin demora de los cargos que se le formulan.

Comentario

1) La redacción de las disposiciones relativas a la detención y prisión del acusado se ciñe a las disposiciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular los párrafos 2 y 4 del artículo 9 y los artículos 29 y 30.

2) Antes de dictar el auto de procesamiento, la Presidencia podrá ordenar la detención o prisión del presunto culpable partiendo de una evaluación preliminar de que hay razones suficientes para hacerlo y de que existe el riesgo real de que no pueda garantizarse de otra forma la presencia del presunto culpable en el juicio (véase el párr. 1 del art. 28). Esto se denomina aquí detención preventiva, siguiendo la terminología generalmente utilizada en los acuerdos de extradición y contenida en el artículo 9 del Tratado modelo de extradición[96]. En algunos sistemas jurídicos se habla de prisión provisional, pero a los efectos del presente Estatuto conviene distinguir entre la detención de la persona y la subsiguiente prisión de la misma.

3) La detención preventiva pretende ser una medida de carácter bastante excepcional, ya que se adoptará con anterioridad a cualquier determinación del Tribunal de que parecen existir las condiciones necesarias para el ejercicio de la jurisdicción. En contraste con esto, una vez confirmado el auto de procesamiento, debería hacerse todo lo posible para asegurar que el acusado sea puesto en prisión a fin de que esté disponible para el juicio. Normalmente la Presidencia dictará la orden de detención de un acusado a menos que esté claro que el acusado comparecerá o que concurran circunstancias especiales (por ejemplo el hecho de que el acusado esté detenido por un Estado Parte o de que esté cumpliendo una pena por algún otro crimen) que hagan innecesario por el momento dictar la orden de detención.

4) El artículo 28 trata solamente del dictado de la orden de detención. La asistencia de los Estados para la ejecución de esas órdenes se trata en los artículos 52 y 53.

Artículo 29.—De la prisión provisional o la libertad provisional

1. Toda persona detenida será entregada sin demora a un funcionario judicial del Estado en cuyo territorio se haya efectuado la detención. El funcionario judicial determinará, de conformidad con los procedimientos aplicables en ese Estado, si la orden se ha comunicado en debida forma y si se han respetado los derechos del acusado.

2. Toda persona detenida podrá solicitar de la Presidencia su puesta en libertad antes del juicio. La Presidencia podrá decretar la puesta en libertad de la persona incondicionalmente o bajo fianza si se cerciora de que el acusado comparecerá en el juicio.

3. Toda persona detenida podrá pedir a la Presidencia que se pronuncie sobre la legalidad, con arreglo al presente Estatuto, de su detención o prisión. La Presidencia, si resuelve que la detención y prisión son ilegales, ordenará la puesta en libertad del acusado y podrá asignarle una indemnización.

4. Toda persona detenida será recluida, en espera del juicio o de su puesta en libertad bajo fianza, en un establecimiento penitenciario apropiado del Estado de la detención, del Estado en que haya de celebrarse el juicio o, de ser necesario, del Estado huésped.

Comentario

1) En el artículo 29 se trata de la cuestión de la prisión provisional o la libertad provisional. Está redactado de forma que con él quede garantizado el cumplimiento de lo previsto en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el artículo 29 se prevé que toda persona detenida en cumplimiento de una orden dictada en virtud del artículo 28 será entregada sin demora a un funcionario judicial del Estado en cuyo territorio se haya efectuado la detención, funcionario que determinará, de conformidad con los procedimientos aplicables en ese Estado, si la orden se ha comunicado en debida forma y si se han respetado los derechos del

[96] Resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo.

acusado. La Comisión reconoce el riesgo que puede existir en la atribución de esas facultades a un funcionario del Estado (por lo general a un juez o a una persona que ejerza funciones análogas con arreglo al derecho interno) en lugar de a un órgano del Tribunal. No obstante, es esencial que, de conformidad con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ofrezca sin demora esta oportunidad preliminar de examen de la detención, examen que en la práctica sólo de este modo puede llevarse a cabo. Dado que, por hipótesis, el Estado en cuyo territorio se haya efectuado la detención cooperará con el Tribunal, no hay motivo para suponer que este procedimiento preliminar vaya a provocar dificultades.

2) Por otra parte, la puesta en libertad, ya sea incondicional o bajo fianza, en espera de juicio es de la incumbencia de la Presidencia. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dispone que toda persona detenida en cumplimiento de una orden dictada en virtud del artículo 28 podrá solicitar del Tribunal que se pronuncie sobre la legalidad, con arreglo al Estatuto, de su detención o prisión (véase el párrafo 3). El Tribunal decidirá si la detención o prisión es legal y, en caso negativo, ordenará la puesta en libertad del acusado. En caso de detención ilegal, podrá además señalarse una indemnización con arreglo a lo previsto en el párrafo 5 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el cual se estipula que: «Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación». La Comisión cree que el proyecto de Estatuto debería establecer toda la gama de garantías de que debe gozar todo sospechoso o acusado. Las cuestiones de reparación de un acusado ilegalmente detenido o preso han de diferenciarse del problema del restablecimiento de los derechos de propiedad de las víctimas, a cuyo respecto véase el comentario al artículo 47.

3) El párrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: «La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general», y esa misma posición es la adoptada en el Estatuto. Por otra parte, la formulación de cargos con arreglo al Estatuto se limita por definición a los casos más graves, lo que significa que será necesario por lo general detener al acusado que no se encuentre ya bajo debida custodia en un Estado. El párrafo 3 del artículo 9 del Pacto dispone también que la persona acusada «tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad». Ese derecho del acusado a ser juzgado sin demora se establece, por su parte, en el apartado *c*, párrafo 1 del artículo 41 del Estatuto. El Tribunal deberá tenerlo en cuenta en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 29. No obstante, considerando la gravedad de los delitos de que se trata, la Comisión decidió no establecer plazos determinados para el procesamiento o la puesta en libertad del acusado.

4) A menos que sea puesta en libertad con arreglo al artículo 29, toda persona detenida será recluida, en espera de juicio, en un establecimiento penitenciario apropiado del Estado de la detención, del Estado en que haya de celebrarse el juicio o, de ser necesario y como último recurso, del Estado huésped. El párrafo 4 se basa en la hipótesis de que esa reclusión tendrá generalmente lugar en el territorio del Estado de la detención, pero puede haber sólidas razones para que sea en otro lugar (por ejemplo para hacer segura la detención del acusado o incluso para garantizar su seguridad física).

Artículo 30.—De la notificación de la acusación

1. El Fiscal velará por que se entreguen en propia mano a la persona detenida, y lo más pronto posible después de la detención, copias certificadas de los documentos siguientes, en un idioma que esa persona comprenda:

***a*) Si el presunto culpable ha sido detenido provisionalmente, la exposición de los motivos de la detención;**

***b*) En cualquier otro caso, el escrito de la acusación confirmada;**

***c*) La exposición de los derechos del procesado con arreglo al presente Estatuto.**

2. En cualquiera de los casos a los que se aplique el apartado *a* del párrafo 1, el escrito de acusación se entregará al procesado lo más pronto posible después de que la acusación haya sido confirmada.

3. Si sesenta días después de confirmada la acusación el procesado no se halla detenido o preso en virtud de una orden dictada de conformidad con el párrafo 3 del artículo 28, o si, por alguna otra razón, no pueden cumplirse los requisitos previstos en el párrafo 1, la Presidencia podrá, a pedido del Fiscal, disponer algún otro medio de poner la acusación en conocimiento del acusado.

Comentario

1) Tan pronto como el acusado haya sido detenido en cumplimiento de una orden judicial, el Fiscal deberá adoptar todas las medidas necesarias para poner en su conocimiento las acusaciones que se hayan formulado contra él, entregándole para ello los documentos que se indican en el párrafo 1 de este artículo. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3, que se examinará más adelante, no existe obligación alguna de informar a una persona de ninguna acusación antes de su detención por la razón evidente de que de ese modo podría tomar la decisión de darse a la fuga.

2) El mismo principio se aplica a la detención provisional de un sospechoso, si bien en este caso se hará entrega a éste de una exposición de los cargos aprobada por la Presidencia, dado que el auto de procesamiento puede no existir todavía y, en todo caso, no habrá sido confirmado. En el caso de que el procesamiento no sea confirmado, la persona sospechosa tiene derecho a que se la ponga en libertad, aunque sin perjuicio de cualquier otro motivo válido de detención o prisión que pueda existir.

3) Para el caso de que el procesado no haya sido detenido en el lapso de sesenta días después de la fecha del auto de procesamiento, el párrafo 3 prevé un procedimiento subsidiario para poner en su conocimiento dicho

auto. Lo probable es que eso se haga como requisito previo para la reunión en sesión pública de una Sala Especial de Acusación con arreglo al párrafo 4 del artículo 37. La notificación podría hacerse también por otros medios o, en el caso de las personas que se encuentren bajo el control de un gobierno, mediante una comunicación a ese gobierno.

4) Como el artículo 28, el artículo 30 trata solamente de la notificación que obligatoriamente debe hacer el Tribunal. De las cuestiones de asistencia judicial por parte de los Estados se trata en la séptima parte. Por otro lado, se prevé que el Reglamento regule el procedimiento oportuno de legalización de los documentos incluidos en las solicitudes que se formulen con arreglo a estos artículos.

Artículo 31.—Colaboradores a disposición del Fiscal

1. El Fiscal podrá pedir a todo Estado Parte que ponga a su disposición personas para que colaboren con él en un caso, de conformidad con el párrafo 2.

2. Esas personas deberán estar disponibles mientras dure el caso, salvo que se disponga otra cosa. Ejercerán sus funciones bajo la dirección del Fiscal y no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna autoridad distinta del Fiscal en relación con el ejercicio de sus funciones en virtud de este artículo.

3. La Presidencia aprobará, por recomendación del Fiscal, las condiciones y modalidades con arreglo a las cuales se pondrán a su disposición las personas a que se refiere este artículo.

Comentario

1) Este artículo tiene por objeto facilitar la investigación y el enjuiciamiento de los casos designando para ello, a petición del Fiscal, a personas calificadas y experimentadas. Los Estados Partes podrán, a petición del Fiscal, designar personas que puedan colaborar en la investigación o el enjuiciamiento de un caso en particular o con carácter más general. Las condiciones y modalidades de trabajo de esas personas deberán ser previamente aprobadas por la Presidencia, la cual asumirá ante los Estados Partes la responsabilidad global financiera del funcionamiento del Tribunal. En estas condiciones podrán incluirse o no las personas que sean empleados eventuales de la Fiscalía: si se hace, será aplicable el Reglamento de Personal mencionado en el párrafo 7 del artículo 12.

2) Los Estados deberán estar dispuestos a mantener a tales personas a disposición del Tribunal durante todo el procedimiento. Esas personas ejercerán sus funciones bajo la dirección del Fiscal y no solicitarán ni recibirán instrucciones de sus gobiernos ni de ninguna otra autoridad.

3) Al menos en las fases iniciales de la creación del Tribunal y a reserva de lo dispuesto sobre el acuerdo de relación previsto en el artículo 2, podría estudiarse la posibilidad de ceder personal de la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas para que preste servicios en la Fiscalía.

4) Algunos miembros de la Comisión estimaron que, a pesar de las salvaguardias previstas en el párrafo 2, toda fórmula consistente en destinar personal de los Estados a la Fiscalía entrañaba el riesgo de socavar la independencia e imparcialidad de ese órgano y podía traducirse en que la Fiscalía fuera poco más que la prolongación del Ministerio público de un Estado a efectos de un asunto determinado. Por costoso que pudiera resultar un servicio de acusación internacional, en su opinión era esencial establecer ese servicio sin posibilidad de debilitarlo si se quería que el Estatuto se aplicara con las garantías necesarias de integridad.

QUINTA PARTE

DEL JUICIO

Artículo 32.—Del lugar de celebración del juicio

A menos que la Presidencia decida otra cosa, el lugar de celebración del juicio será en la sede del Tribunal.

Comentario

1) El juicio se celebrará normalmente en la sede del Tribunal. No obstante, el Tribunal podrá, a la luz de las circunstancias del caso, decidir que es preferible que el juicio se celebre en un lugar más próximo al escenario del presunto crimen, para facilitar, por ejemplo, la comparecencia de los testigos y la presentación de las pruebas.

2) La celebración del juicio en un lugar más cercano a aquel en que presuntamente se ha cometido el crimen puede empañar en cierto modo el procedimiento, suscitando por ejemplo dudas en cuanto al respeto del derecho del procesado a un juicio justo e imparcial, o dar lugar a riesgos inaceptables de seguridad del propio acusado, de los testigos, los jueces o el personal del Tribunal. Por eso, los juicios sólo se celebrarán en un Estado que no sea el de la sede del Tribunal cuando esa solución sea factible y esté en armonía con los intereses de la justicia. La Sala podrá recabar las opiniones del Fiscal o de la defensa sobre esta cuestión, sin demorar por ello innecesariamente el comienzo del juicio.

3) Los juicios que se celebren en un Estado que no sea el país huésped se desarrollarán con arreglo a un acuerdo que se concertará con el Estado de que se trate, el cual podrá ser o no Estado Parte en el Estatuto. En ese acuerdo se regularán cuestiones similares a las reguladas en el concertado con el Estado huésped con arreglo al artículo 3 y, posiblemente, otras en el caso de que el juicio vaya a celebrarse en un Estado que no sea parte en el Estatuto.

Artículo 33.—Del derecho aplicable

El Tribunal aplicará:

***a*) El presente Estatuto;**

b) Los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional general; y

c) En la medida en que sea aplicable, cualquier norma de derecho interno.

Comentario

1) En el proyecto de Estatuto aprobado en 1993[97], la Comisión había incluido este artículo en el título relativo a la competencia del Tribunal. Ahora bien, existe una distinción entre competencia y derecho aplicable, y parece oportuno incluir el artículo 33 en la quinta parte, que trata de la función primaria del Tribunal, que es el ejercicio de su jurisdicción por intermedio de una Sala de Primera Instancia. No obstante, el artículo 33 se aplica a todas las medidas adoptadas por el Tribunal en cualquier fase del procedimiento.

2) Las dos primeras fuentes de derecho aplicable que se mencionan en el proyecto de artículo son el propio Estatuto y los tratados aplicables. Queda entendido que, en los casos de competencia basada en tratados con arreglo al apartado *e* del artículo 20, el auto de procesamiento especificará las acusaciones formuladas contra el procesado, remitiéndose a las disposiciones concretas del tratado aplicable, las cuales servirán, sin perjuicio de lo dispuesto en el propio Estatuto, de base legal a la acusación. Las normas y principios del derecho internacional también serán aplicables. La expresión «principios y normas» del derecho internacional general comprende los principios generales del derecho, lo que significa que, siempre que busque orientaciones sobre cuestiones que no estén claramente reguladas por tratados, el Tribunal puede legítimamente invocar todo el cuerpo de derecho penal, ya se encuentre en normas nacionales o en la práctica internacional.

3) La mención en el proyecto de artículos de las normas de derecho interno reviste especial importancia a la luz de la inclusión en el anexo de tratados en los que expresamente se prevé que los crímenes a que se refiere el tratado han de ser al mismo tiempo crímenes con arreglo al derecho interno. Los imperativos del principio *nullum crimen sine lege* (véase el artículo 39) exigen que el Tribunal pueda aplicar las leyes nacionales en la medida en que esas leyes sean compatibles con el Estatuto, los tratados aplicables y el derecho internacional general. Conviene, además, que así sea, por cuanto el derecho internacional no comprende todavía un cuerpo completo de derecho penal sustantivo. El Tribunal tendrá que desarrollar criterios para la aplicación de las normas de derecho interno en la medida en que dichas normas sean aplicables a una situación determinada. En caso de conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional, prevalecerá este último (con inclusión del principio *nullum crimen sine lege*, que es en sí mismo parte del derecho internacional).

4) En relación con este artículo, lo mismo que en relación con el artículo 20, varios miembros de la Comisión recordaron las vinculaciones que debían establecerse entre el proyecto de Estatuto y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y reiteraron su opinión de que el derecho que aplicara el Tribunal debía derivarse de ese código.

5) Algunos miembros expresaron reservas sustanciales sobre la posibilidad de que el Tribunal aplicara el derecho nacional en cuanto tal en los asuntos que se le sometieran. Aunque esos miembros aceptaban que sería necesario que el Tribunal recurriera al derecho nacional para diversos fines, creían que ello sería siempre consecuencia de un reenvío o autorización del derecho internacional, incluidos los tratados aplicables; en los otros casos, el recurso a los principios generales del derecho resolvería cualquier dificultad que pudiera presentarse.

Artículo 34.—De la impugnación de la competencia

Podrán impugnar la competencia del Tribunal, de conformidad con el Reglamento:

a) El acusado o cualquier Estado interesado, antes de iniciarse o al iniciarse el juicio; y

b) El procesado, en cualquier fase posterior del juicio.

Comentario

1) Es ésta, como se explica en la introducción a la tercera parte *supra*, una disposición importante, con la que se pretende garantizar la fiel observancia por el Tribunal del alcance de su competencia, definida por el Estatuto. El Tribunal puede ver impugnada su competencia, con arreglo al artículo 34, por el acusado o por cualquier Estado interesado. La expresión «Estado interesado» no se define pero debe interpretarse ampliamente. Así por ejemplo, un Estado que haya presentado una solicitud de extradición de un acusado tendrá que ser considerado como «Estado interesado» a este respecto, como debe serlo también cualquier Estado cuya cooperación se haya recabado con arreglo a la séptima parte del Estatuto.

2) La impugnación a que se refiere el artículo 34 podrá hacerse, de conformidad con el procedimiento que será establecido en el Reglamento, en cualquier momento posterior a la confirmación del auto de procesamiento pero antes del comienzo del juicio. El procesado podrá además impugnar la competencia del Tribunal en cualquier momento del juicio, en cuyo caso el Tribunal podrá, discrecionalmente, tratar la impugnación como cuestión separada o aplazar su decisión como parte de la sentencia a la terminación del juicio.

Artículo 35.—De las cuestiones de admisibilidad

A instancia del acusado o a petición del Estado interesado formuladas en cualquier momento antes del inicio del juicio, así como por iniciativa propia, el Tribunal podrá, atendiendo a los propósitos del presente Estatuto enunciados en el preámbulo, decidir que el asunto que se ha sometido a su consideración no es admisible porque el crimen de que se trata:

a) Ha sido debidamente investigado por el Estado que tiene jurisdicción sobre él y la decisión de ese Es-

[97] Véase nota 48 *supra*.

tado de no entablar procedimiento está aparentemente bien fundada;

***b*) Es objeto de instrucción por parte del Estado que tiene o puede tener jurisdicción sobre él y no hay motivo para que el Tribunal tome por el momento ninguna otra decisión al respecto; o**

***c*) No es de gravedad suficiente para justificar la intervención del Tribunal.**

Comentario

1) El artículo 35 permite al Tribunal decidir, sobre la base de ciertos factores que se especifican, si una denuncia determinada es admisible, y en este sentido se refiere al ejercicio de la competencia y no a la existencia de la misma. Esta disposición responde a las sugerencias que se recibieron de cierto número de Estados para que se garantizara que el Tribunal sólo se ocupará de aquellos casos en los que se den las circunstancias que se exponen en el preámbulo, es decir cuando sea realmente deseable su intervención. De las cuestiones mencionadas en virtud del artículo 35 el Tribunal deberá ocuparse normalmente lo antes posible después de que hayan sido formuladas. Una vez comenzado el juicio, sólo podrán tratarse por iniciativa del propio Tribunal, dado que por lo general no tiene sentido poner en duda el ejercicio de una jurisdicción que ya se ha empezado a ejercitar.

2) Los motivos por los cuales el Tribunal puede declarar inadmisible un caso son, en resumen, que el crimen de que se trate haya sido o esté siendo debidamente investigado por cualquier autoridad nacional competente o no sea de gravedad suficiente para justificar una actuación del Tribunal. Para decidir si tal es el caso, el Tribunal deberá tomar en consideración los propósitos del Estatuto enunciados en el preámbulo. Cuando haya más de un Estado que sea o pueda ser competente para enjuiciar el crimen de que se trate, el Tribunal podrá tener en cuenta la posición de cada uno de esos Estados.

3) Algunos miembros de la Comisión consideraron que no era necesario incluir el artículo 35, ya que los factores pertinentes podrían tenerse en cuenta al determinarse la competencia en virtud del artículo 20, en particular su apartado *e*, y del artículo 21. Otros señalaron que las circunstancias de los distintos casos podían variar mucho y en cualquier supuesto podrían aclararse en lo esencial después de que el Tribunal asumiera la jurisdicción, de modo que la facultad que le confiere al Tribunal el artículo 35 era necesaria si se querían cumplir los propósitos indicados en el preámbulo.

Artículo 36.—Del procedimiento aplicable en el caso de los artículos 34 y 35

1. En cualquier actuación iniciada a tenor de los artículos 34 y 35, el acusado y el Estado reclamante tienen derecho a ser oídos.

2. La decisión respecto de las actuaciones a que se refieren los artículos 34 y 35 será tomada por la Sala de Primera Instancia, a menos que ésta considere, habida cuenta de la importancia de las cuestiones suscitadas, que el asunto debe remitirse a la Sala de Apelaciones.

Comentario

1) Los artículos 34 y 35 deben interpretarse en relación con el artículo 36, que regula ciertos aspectos del procedimiento que se ha de aplicar en caso de impugnación formulada con arreglo a sus disposiciones. Dicho procedimiento se detallará, además, en el Reglamento.

2) De lo que se trata es de que, en la medida de lo posible, todas las impugnaciones que se hagan con arreglo a los artículos 34 y 35 se resuelvan conjuntamente lo antes posible. Lo esencial es que la cuestión esté decidida en un sentido o en otro cuando se inicie el juicio. Así, si un Estado presenta una impugnación con arreglo a los artículos 34 y 35, tanto el acusado como el Estado denunciante tienen pleno derecho a ser oídos pero no deben ser ulteriormente autorizados a plantear de nuevo la cuestión. Estas cuestiones habrá de decidirlas la Sala de Primera Instancia como se prevé en el párrafo 2, sin perjuicio de la posibilidad que se establece de remitir a la Sala de Apelaciones cualquier asunto que plantee cuestiones de principios.

Artículo 37.—De la presencia del acusado en el juicio

1. Por regla general, el acusado se hallará presente durante el juicio.

2. La Sala de Primera Instancia podrá ordenar que el juicio se desarrolle en ausencia del acusado:

***a*) Si éste se halla bajo custodia o ha sido puesto en libertad en espera del juicio y, por razones de seguridad o de salud, no es aconsejable su presencia;**

***b*) Si perturba continuamente el desarrollo del juicio;**

***c*) Si se ha fugado mientras estaba legalmente bajo custodia de conformidad con el presente Estatuto o mientras se hallaba en libertad provisional bajo fianza.**

3. Al dictar una orden con arreglo al párrafo 2, la Sala velará por que se respeten los derechos del acusado enunciados en el presente Estatuto y, en particular:

***a*) Se hayan tomado todas las providencias razonables para informar al acusado de los cargos; y**

***b*) El acusado esté asistido por un defensor letrado, de ser necesario nombrado por el Tribunal.**

4. En los casos en que el juicio no pueda celebrarse debido a la ausencia deliberada del acusado, el Tribunal podrá constituir, de conformidad con el Reglamento, una Sala de Procesamiento con el fin de:

***a*) Hacer constar en autos las pruebas aportadas;**

***b*) Determinar si las pruebas presentadas contra el acusado constituyen presunciones graves de la existencia de un crimen sujeto a la competencia del Tribunal; y**

c) Dictar y hacer pública una orden de detención contra el acusado respecto del cual existan las mencionadas presunciones graves.

5. Si posteriormente el acusado es juzgado con arreglo al presente Estatuto:

a) Las pruebas aportadas ante la Sala de Procesamiento serán admisibles;

b) Los miembros de la Sala de Procesamiento no podrán formar parte de la Sala de Primera Instancia.

Comentario

1) La cuestión de si el Estatuto debía permitir los juicios en rebeldía ha sido ampliamente examinada en la Comisión, en la Sexta Comisión de la Asamblea General y en las observaciones escritas de los gobiernos. Por un lado, se ha mantenido con frecuencia la opinión de que el juicio en rebeldía debía quedar totalmente excluido, debido, entre otras cosas, a que el Tribunal sólo debía intervenir en circunstancias que permitieran ejecutar tanto los fallos como las penas, ya que la imposición de fallos y penas en rebeldía y sin perspectiva alguna de ejecución redundaría en desprestigio de la propia Corte. Otros mantenían, en cambio, que el juicio en rebeldía sólo debía autorizarse en circunstancias muy limitadas. Finalmente, algunos miembros de la Comisión y algunos gobiernos eran decididamente partidarios del juicio en rebeldía.

2) El proyecto de Estatuto de 1993[98] preveía únicamente que el acusado tendría derecho «a hallarse presente en el juicio, a menos que la Corte, oídas las alegaciones y practicadas las pruebas que estime necesarias, resuelva que la ausencia del acusado es deliberada» (apartado *h* del párr. 1 del art. 44). Muchos gobiernos estimaban que, como expresión del derecho del acusado a estar presente en el juicio, consagrado en el apartado *d*, párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esa fórmula podía considerarse suficientemente equilibrada, pero otros se opusieron a ella.

3) El texto del apartado *h*, párrafo 1 del artículo 44 del proyecto de Estatuto de 1993 planteaba, en todo caso, un problema por cuanto no regulaba las consecuencias de la ausencia del acusado. En cambio, los órganos internacionales de derechos humanos que se han ocupado del apartado *d* del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otras normas equivalentes han sostenido que el juicio en rebeldía debe, para estar en armonía con las normas sobre derechos humanos, ser cuidadosamente regulado, con disposiciones sobre notificación del acusado, provisionalidad de la sentencia y revisión de la misma en caso de ulterior comparecencia, etc.[99]. El párrafo 2 del artículo 20 del Estatuto del Tribunal Internacional prevé evidentemente que el acusado esté presente en el juicio. El artículo 61 del reglamento de ese Tribunal, que establece las reglas de procedimiento y de producción de la prueba[100], aunque sin prever el juicio en rebeldía como tal, establece una especie de confirmación pública del auto de procesamiento en aquellos casos en que el acusado no ha podido ser obligado a comparecer, procedimiento que parece responder a algunas de las finalidades del juicio en rebeldía. Así por ejemplo, permite la publicación de «una orden internacional de detención», que puede hacer del acusado, en cierto sentido, un fugitivo de la justicia internacional.

4) La Comisión consideró que era justo empezar (como hacía la resolución del Consejo de Europa de 1975) con la fórmula de que la presencia del acusado en el juicio es «de vital importancia», no sólo habida cuenta del apartado *d*, párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino también con miras a la investigación de los hechos y, en el caso de que el acusado sea declarado culpable, a la imposición de una pena adecuada y de cumplimiento efectivo. Las excepciones a ese principio sólo deberían autorizarse en casos excepcionales.

5) El principio en sí se establece en forma de «regla general» en el párrafo 1. El párrafo 2 admite tres excepciones, a saber: las razones de salud y la necesidad de proteger la seguridad de un acusado que se halle bajo custodia o haya sido puesto en libertad en espera del juicio; la continua perturbación del juicio por el acusado (siempre que previamente se le haya advertido sobre las consecuencias de su comportamiento); y el hecho de que el acusado se haya fugado mientras se hallaba bajo custodia o aprovechando su libertad provisional para fugarse. Es la Sala la que decidirá en todos estos casos si procede continuar el juicio en ausencia del acusado.

6) En todo caso en que así lo decida, la Sala velará por que se respeten con arreglo al Estatuto los derechos del acusado ausente. Especialmente importante es su derecho a estar asistido por un defensor letrado nombrado por la propia Corte. Las medidas mínimas que se han de adoptar son las que se especifican en el párrafo 3.

7) Por otra parte, la Comisión consideró interesante la solución adoptada en el Reglamento del Tribunal Internacional a que ya se ha hecho referencia. Por eso, en el párrafo 4 se prevé la posibilidad de que, en el Reglamento del Tribunal, se establezca un procedimiento análogo ante una Sala de Procesamiento, que examinará y hará constar en autos las pruebas aportadas, determinará públicamente si esas pruebas constituyen presunciones graves de culpabilidad del acusado y adoptará todas las medidas de que disponga para que éste comparezca ante el Tribunal para ser juzgado. Dado que los miembros de la

---

[98] *Ibid.*

[99] Véanse, por ejemplo, *Daniel Monguya Mbenge* c. *Zaire* (comunicación N.° 16/1977), Observaciones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos conforme al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 25 de marzo de 1983, en Naciones Unidas, *Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*, 1992, vol. 2, pág. 83; y las sentencias y decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Colozza y Rubinat, Série A: Arrêts et décisions*, vol. 89, *Décision du 26 septembre 1984*, Secretario de la Corte, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1985; *F.C.B.* c. *Italia*, *ibid.*, vol. 208-B, *Arrêt du 28 août 1991*; *T.* c. *Italia*, *ibid.*, vol. 245-C, *Arrêt du 12 octobre 1992* y *Poitrimol* c. *France*, *ibid.*, vol. 277, *Arrêt du 23 novembre 1993*. Véanse también las orientaciones bastante detalladas que se dan en la Resolución (75) 11 del Consejo de Europa, de 21 de mayo de 1975, sobre los criterios a seguir en los procedimientos celebrados en ausencia del acusado.

[100] Véase nota 57 *supra*.

Sala escucharán de hecho a los testigos y se pronunciarán públicamente sobre su credibilidad (aunque sólo en lo que se refiere a las presunciones graves), parece conveniente, habida cuenta de las consideraciones examinadas en el comentario al párrafo 4 del artículo 8, que se excluya a los miembros de la Sala de Procesamiento del juicio ulterior del acusado (véase el párrafo 5 del comentario al artículo 8).

Artículo 38.—De las funciones y los poderes de la Sala de Primera Instancia

1. Al iniciarse el juicio, la Sala:

***a*) Dispondrá que se dé lectura al auto de procesamiento;**

***b*) Velará por que los requisitos del apartado *b* del párrafo 5 del artículo 27 y los del artículo 30 se han cumplido con la suficiente antelación para que pueda prepararse debidamente la defensa;**

***c*) Comprobará si se han respetado los demás derechos del acusado a tenor del presente Estatuto, y**

***d*) Permitirá al acusado que se confiese culpable o se proclame inocente.**

2. La Sala velará por que el juicio sea imparcial y sin dilaciones y se tramite de conformidad con el presente Estatuto y el Reglamento, con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y los testigos.

3. Con sujeción al Reglamento, la Sala podrá oír cargos contra más de un acusado respecto de los mismos hechos.

4. El juicio se celebrará en público, a menos que la Sala resuelva que determinadas actuaciones se efectúen a puerta cerrada, de conformidad con el artículo 43, o a fin de proteger toda información confidencial o sensible que haya de presentarse en las declaraciones.

5. La Sala, con sujeción a lo dispuesto en el presente Estatuto y en el Reglamento, estará facultada para proceder, a instancia de una parte o por iniciativa propia, a las diligencias siguientes, en particular:

***a*) Dictar una orden de detención y traslado del acusado que no se encuentre ya bajo la custodia del Tribunal;**

***b*) Ordenar la comparecencia de testigos y recibirles declaración;**

***c*) Ordenar la presentación de documentos y otros instrumentos probatorios;**

***d*) Resolver sobre la admisibilidad o pertinencia de las diligencias de prueba y declaraciones;**

***e*) Proteger el carácter confidencial de la información; y**

***f*) Mantener el orden en el transcurso de la audiencia.**

6. La Sala velará por que el Secretario lleve y conserve un expediente completo del proceso, que refleje fielmente las actuaciones practicadas.

Comentario

1) El artículo 38 trata de los poderes generales de la Sala de Primera Instancia respecto de la tramitación del juicio. La Sala tiene una gama completa de poderes en los trámites del juicio. Se prevé que, una vez constituida, la Sala se ocupará de todas las cuestiones relativas a la preparación del juicio para garantizar la continuidad del procedimiento (véase el párr. 5).

2) La obligación fundamental de la Sala de Primera Instancia es velar por que el juicio sea imparcial y sin dilaciones y se tramite de conformidad con el Estatuto, con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y los testigos. Antes de iniciar el juicio, la Sala deberá comprobar que se han respetado los derechos del acusado y, en particular, que se han cumplido las disposiciones relativas a la comunicación por el Fiscal, antes del juicio, y con antelación suficiente para la debida preparación de la defensa, de las pruebas pertinentes (véanse el apartado *b*, párrafo 1 del artículo comentado, el apartado *b*, párrafo 5 del artículo 27 y el artículo 30).

3) Los detalles del procedimiento que seguirá el Tribunal se establecerán en el Reglamento e irán evolucionando indudablemente con la experiencia. La idea es que el Tribunal tenga él mismo derecho a convocar a testigos y a formular preguntas, aunque también puede dejar esta tarea al Fiscal y al abogado defensor, y que no debe menoscabarse el derecho del acusado a su defensa.

4) El apartado *d* del párrafo 1 dispone que se permitirá al acusado declararse culpable o no culpable. En algunos ordenamientos legales no existe disposición alguna sobre esa declaración; en otros, de hecho debe formularla. En algunos ordenamientos jurídicos una declaración de culpabilidad abrevia considerablemente el juicio y evita la necesidad de recurrir a prueba alguna sobre la cuestión de la culpabilidad; en otros, en cambio, influye relativamente poco en el curso del procedimiento. En armonía con el precedente del Estatuto del Tribunal Internacional, el apartado *d* del párrafo 1 permite al acusado que así lo desee formular una declaración de culpabilidad o no culpabilidad, pero no lo exige. A falta de declaración, se presume que el acusado no es culpable y, sobre esa base, se prosigue el juicio. El Tribunal debe comprobar por anticipado si el acusado desea formular una declaración de ese tipo; en caso contrario, la cuestión no se planteará en el juicio.

5) El hecho de que el acusado haya decidido declararse culpable no significa la terminación sumaria del juicio ni una sentencia automática. A la Sala incumbe, con arreglo al Reglamento, decidir el procedimiento a seguir. La Sala debe, como mínimo, escuchar una exposición del Fiscal sobre los cargos que pesan sobre el acusado y asegurarse por sí misma de que la declaración de culpabilidad se ha hecho libremente y es fidedigna. En muchos casos puede ser prudente oír todas las pruebas que pueda presentar el Fiscal; en otros quizá baste escuchar a los testigos principales o es posible que los documentos y demás pruebas presentados al Tribunal, combinados con la confesión del acusado, sean por sí solos prueba suficiente de culpabilidad. Si el acusado decide prescindir de defensa letrada, será generalmente aconsejable no

tener en cuenta su confesión de culpabilidad y continuar el juicio dentro de lo posible de la misma forma que si dispusiera de una enérgica defensa.

6) El párrafo 3 permite reunir los cargos contra más de un acusado en un solo procedimiento, si bien debe dejarse al acusado la posibilidad de oponerse a ello invocando razones suficientes y con arreglo al procedimiento previsto por el Reglamento [véase Reglamento de procedimiento y de producción de la prueba del Tribunal Internacional, artículos 48, 73 A iv) y 82].

7) Por regla general, los juicios se celebrarán en público, pero la Sala podrá resolver que la totalidad o parte de un juicio se celebre a puerta cerrada a fin de proteger, por ejemplo, al acusado, las víctimas o los testigos de posibles intimidaciones o con objeto de proteger el secreto de toda información confidencial o delicada que haya de presentarse en la práctica de la prueba (véase también el artículo 43).

8) El párrafo 7 exige que se lleve un expediente completo del proceso, lo que, a juicio de la Comisión, significa su transcripción literal, ya sea en cinta magnetofónica o en vídeo. El expediente del proceso tendrá especial importancia en caso de recurso de apelación o de revisión con arreglo a los artículos 48 ó 50.

Artículo 39.—Del principio de legalidad (nullum crimen sine lege)

El acusado sólo podrá ser declarado culpable:

***a*) En caso de haberse procedido contra él por un crimen de los previstos en los apartados *a* a *d* del artículo 20, si la acción u omisión de que se trata constituía un crimen de derecho internacional;**

***b*) En caso de haberse procedido contra él por un crimen de los previstos en el apartado *e* del artículo 20, si el tratado considerado era aplicable a la conducta del acusado,**

en el momento en que se produjo la acción u omisión.

Comentario

1) El principio *nullum crimen sine lege* es un principio fundamental de derecho penal reconocido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 39 hace directamente efectivo este principio en el contexto del Estatuto.

2) La aplicación de este principio varía según que el crimen de que se trate sea un crimen con arreglo al derecho internacional general (véanse los apartados *a* a *d* del artículo 20) o un crimen en virtud o de conformidad con una disposición de los tratados que se enumeran en el anexo (véase el apartado *e* del artículo 20). En cuanto al primer supuesto, el apartado *a* simplemente garantiza que no se calificará de criminal ninguna conducta que no constituía un crimen en virtud del derecho internacional en el momento en que se cometió. En este contexto constituye una aplicación concreta del principio que prohíbe la retroactividad de la ley penal.

3) En cambio, en el caso de los crímenes definidos en tratados, el principio tiene otro papel decisivo que desempeñar ya que es necesario que el tratado en cuestión hubiera sido aplicable a la conducta de la persona que es objeto de la acusación. Corresponderá al Tribunal determinar si este requisito, contenido en el apartado *b*, se satisface en cada caso. En principio, el no respeto de la letra de un tratado no será suficiente para que constituya un crimen si el tratado no se aplicaba al acusado, ya con arreglo a sus propias disposiciones, ya —lo que quizá es más importante— porque el tratado no se aplicaba como derecho vigente a la conducta del acusado. Por ejemplo, un acto de un nacional del Estado A en el territorio del Estado A puede no considerarse sometido a un tratado si el Estado A no era parte en ese tratado en el momento en que se produjo el acto y el tratado no constituía parte de su derecho. Por otra parte, el principio *nullum crimen sine lege* no presupone un sistema exclusivamente territorial de la aplicación de las disposiciones de los tratados. Si el tratado era debidamente aplicable a la conducta del acusado de conformidad con sus disposiciones y habida cuenta del vínculo existente entre el acusado y el Estado o los Estados cuya aceptación de la competencia se requiere a efectos de lo dispuesto en el artículo 21, el acusado no podrá negar la aplicabilidad del tratado simplemente porque un tercer Estado no fuera a la sazón parte en él o porque el tratado no fuera parte del derecho de ese tercer Estado. Por ejemplo, si una persona comete un crimen en el territorio del Estado X, donde el tratado está en vigor, es indiferente el hecho de que el Estado de la nacionalidad del acusado no sea parte en ese tratado.

4) Habida cuenta del apartado *a*, puede haber circunstancias en las que una persona pueda ser declarada culpable de un crimen de derecho internacional por un tribunal internacional aunque esa misma persona no pueda ser juzgada por un tribunal nacional, pero esos casos serán raros. La situación es distinta en el caso de los crímenes definidos en tratados con arreglo al apartado *b*, ya que la mera existencia de una definición de un crimen en un tratado puede ser insuficiente para hacer aplicable el tratado a una conducta individual. Sin duda esos casos (que seguramente serán también raros y quizá hipotéticos) podrían plantear cuestiones relativas al incumplimiento por parte de un Estado de las obligaciones que le imponen los tratados, pero ésta no es una cuestión que deba menoscabar los derechos de una persona acusada.

Artículo 40.—De la presunción de inocencia

La presunción de inocencia ampara al acusado hasta que se pruebe su culpabilidad. Recae en el Fiscal la carga de probar esa culpabilidad fuera de toda duda razonable.

Comentario

En el artículo 40 se reconoce que en un proceso penal el acusado tiene derecho a una presunción de inocencia y que la carga de la prueba recae en el Fiscal. La presunción de inocencia se reconoce en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se

pruebe su culpabilidad conforme a la ley». El Estatuto, por ser la norma fundamental que rige los juicios ante el Tribunal, es lo que da contenido a las palabras «conforme a la ley». A juicio de la Comisión, el Fiscal debe asumir la carga de probar todos los elementos del crimen fuera de toda duda razonable, y el artículo 40 así lo dispone.

Artículo 41.—De los derechos del acusado

1. En la resolución definitiva de cualquier cuestión criminal de conformidad con el presente Estatuto, el acusado tiene derecho a un juicio imparcial y público, sin menoscabo de lo dispuesto en el artículo 43, así como a las siguientes garantías mínimas:

***a*) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda, de la naturaleza y los motivos de la acusación formulada contra él;**

***b*) A disponer del tiempo y los medios necesarios para preparar su defensa y comunicarse con un defensor de su elección;**

***c*) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;**

***d*) Bajo reserva de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 37, a hallarse presente en el juicio, a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección, a ser informado, si no tiene asistencia letrada, de su derecho a tenerla y a que el Tribunal le nombre de oficio un defensor, gratuitamente, si carece de recursos para remunerarlo;**

***e*) A interrogar, o hacer interrogar, a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;**

***f*) Si el procedimiento ante el Tribunal se sustancia en un idioma que no comprende o no habla, o si los documentos presentados al Tribunal están redactados en ese idioma, a ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de imparcialidad; y**

***g*) A no ser obligado a declarar ni a confesarse culpable.**

2. Todas las pruebas de descargo que lleguen a poder de la Fiscalía antes de la conclusión del juicio se comunicarán a la defensa. En caso de duda en cuanto a la aplicación de este párrafo o a la admisibilidad de las pruebas, decidirá la Sala de Primera Instancia.

Comentario

1) En el párrafo 1 de este artículo se establecen las garantías mínimas a que tiene derecho un acusado en relación con el juicio. Este párrafo refleja con la mayor fidelidad posible los derechos fundamentales del acusado enumerados en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice lo siguiente:

Artículo 14

1 Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia, pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores

2 Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley

3 Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella,

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección,

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo,

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo,

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable

4 En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrán en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social

5 Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley

6 Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país

2) En relación con el apartado *d* del párrafo 1, la cuestión de la posibilidad de celebrar juicios en ausencia del acusado dio lugar a opiniones contrapuestas en la Comisión en sus debates del año pasado. La cuestión se trata en el artículo 37, pero el derecho del acusado a hallarse presente en el proceso se ha mantenido como una de las garantías de un juicio imparcial, habida cuenta de su inclusión en el apartado *d*, párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reproducido *supra* (véanse también el párrafo 2 del artículo 37 y los comentarios al mismo).

3) En el párrafo 2 se establece la obligación general del Fiscal de comunicar a la defensa las pruebas de des-

cargo que lleguen a su poder antes de la conclusión del juicio, decida o no la Fiscalía presentar esas pruebas. En caso de duda (por ejemplo sobre si las informaciones disponibles serían admisibles como prueba), el Fiscal debe solicitar instrucciones de la Sala de Primera Instancia. Por otra parte, no hay obligación de revelar las pruebas de cargo que no vayan a ser utilizadas por el Fiscal durante el juicio.

Artículo 42.—Non bis in idem

1. Nadie será juzgado por otro tribunal en razón de hechos constitutivos de alguno de los crímenes a que se refiere el artículo 20 si ya ha sido juzgado por el Tribunal por esos mismos hechos.

2. El que haya sido juzgado por otro tribunal en razón de hechos constitutivos de alguno de los crímenes a que se refiere el artículo 20 sólo podrá ser juzgado en virtud del presente Estatuto:

***a*) Si el hecho de que se trata estuvo tipificado como crimen ordinario por ese tribunal y no como crimen cuyo enjuiciamiento es de la competencia del Tribunal; o**

***b*) Si ese otro tribunal no actuó con imparcialidad o independencia, si el procedimiento tenía por objeto permitir que el acusado eludiera su responsabilidad penal internacional o si la causa no fue instruida con diligencia.**

3. El Tribunal, al determinar la pena que haya de imponerse a una persona reconocida culpable en virtud del presente Estatuto, tendrá en cuenta la medida en que esa persona haya cumplido cualquier pena impuesta por otro tribunal por el mismo hecho.

Comentario

1) El principio *non bis in idem* significa que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo delito. Es éste un importante principio de derecho penal reconocido como tal en el párrafo 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2) El párrafo 7 del artículo 14 se ha interpretado en el sentido de que se limita a los juicios celebrados en un solo ámbito de jurisdicción. La Comisión cree necesario que en el Estatuto se proteja en mayor medida la intangibilidad del principio de cosa juzgada y en el artículo 42 se da efecto a estas opiniones siguiendo de cerca el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Internacional[101] con pequeñas modificaciones para tener en cuenta la posibilidad de un juicio previo en otra corte o tribunal internacional.

3) El principio *non bis in idem* se aplica tanto a los casos en que el acusado ha sido primero juzgado por el tribunal penal internacional y ulteriormente se pretende juzgarle ante otro tribunal como a aquellos en que una persona ya juzgada por otro tribunal es acusada de un crimen con arreglo al Estatuto. En ambas situaciones, el principio sólo se aplica cuando el primer tribunal ha ejercido de hecho su jurisdicción y ha fallado el fondo del asunto con respecto a los actos particulares constitutivos del crimen y cuando existe un suficiente grado de identidad entre los crímenes que han sido objeto de los juicios sucesivos. Por lo que se refiere al requisito de la identidad, el artículo 42 utiliza la frase «hechos constitutivos de algunos de los crímenes a que se refiere el artículo 20». La prohibición *non bis in idem* no abarca los crímenes de distinta naturaleza, ni siquiera cuando la situación de hecho haya sido la misma. Cabe, por ejemplo, que una persona sea acusada de genocidio pero absuelta de ese cargo por considerar que la matanza a que se refiere constituyó un acto criminal aislado y no se perpetró con la intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal, que es lo que se prevé en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esa absolución no excluye el juicio ulterior de la misma persona por asesinato ante un tribunal nacional.

4) Cuando el primer juicio se celebre con arreglo a este Estatuto y el Tribunal decida condenar o absolver al acusado, esa decisión será definitiva y el acusado no podrá volver a ser juzgado por otro tribunal por el mismo crimen.

5) El párrafo 2 del artículo 42 se refiere a los juicios que puedan celebrarse ante el Tribunal por crímenes ya juzgados por otro tribunal y no excluye en todos los casos el segundo juicio. De hecho, en ese párrafo se establecen dos excepciones: *a*) cuando en el primer juicio los hechos estuvieron tipificados como «crimen ordinario» y *b*) cuando el primer juicio fue un simulacro destinado a proteger al acusado de su responsabilidad penal internacional.

6) Por lo que a la primera excepción se refiere, la frase «tipificado como crimen ordinario» que figura en el apartado *a* del párrafo 2 requiere explicación. En muchos ordenamientos jurídicos no se distingue entre crímenes «ordinarios» y otros crímenes y en muchos casos los crímenes ordinarios incluyen crímenes muy graves sancionados con las penas más severas. La Comisión entiende que el término «crimen ordinario» se refiere a la situación en que el acto ha sido tratado como un crimen común y no como un crimen internacional con las características especiales de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 20 del Estatuto. Por ejemplo, un mismo acto puede estar tipificado como delito de agresión grave en el derecho nacional y de tortura o trato inhumano en virtud del artículo 147 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949. La prohibición del artículo 42 no debe aplicarse cuando el crimen del que ha conocido el anterior tribunal carezca en la definición o aplicación que le ha dado dicho tribunal de aquellos elementos de trascendencia internacional reflejados en los elementos de derecho internacional general o de los tratados aplicables, que son la base de la competencia del Tribunal Penal Internacional con arreglo al artículo 20.

7) En cuanto a la segunda excepción, el apartado *b* del párrafo 2 recoge la opinión de que el Tribunal debe poder juzgar a un acusado si la anterior causa penal por los mismos actos fue realmente un «simulacro» de proceso, posiblemente destinado incluso a proteger a la persona de ser juzgada por el Tribunal. La Comisión adoptó las

[101] Véase nota 56 *supra*.

palabras «la causa no fue instruida con diligencia» en el sentido de que no se pretende que se aplique la excepción en caso de simples fallos o errores por parte del anterior órgano judicial, sino a una falta de diligencia en grado tal que esté calculada para permitir que el acusado eluda su responsabilidad real respecto de los actos de que se trate. El apartado *b* del párrafo 2 está destinado a aplicarse únicamente en casos excepcionales.

8) En caso de que el Tribunal declare culpable a una persona en virtud de una u otra de las situaciones previstas en el párrafo 2, tendrá que tomar en consideración, al determinar la pena correspondiente, la medida en que esa persona haya cumplido realmente una condena impuesta por otro tribunal por el mismo hecho (véase el párrafo 3).

9) Un miembro de la Comisión habría preferido que no se tratara en absoluto de procesos ulteriores en tribunales nacionales dado que la competencia del Tribunal es de carácter excepcional y que se puede contar con los principios generales del derecho interno para evitar las injusticias derivadas de someter a una persona a más de un proceso por los mismos hechos.

Artículo 43.—De la protección del procesado, las víctimas y los testigos

El Tribunal adoptará todas las medidas necesarias de que disponga para proteger al procesado, las víctimas y los testigos, para lo cual podrá celebrar la vista a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales.

Comentario

1) El Tribunal debe tomar en todo momento las medidas necesarias para proteger al procesado así como a las víctimas y los testigos. La lista no exhaustiva de esas medidas dada en este artículo incluye ordenar que las audiencias se celebren a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos como cámaras de vídeo.

2) Si bien el Tribunal ha de tener debidamente en cuenta la protección de las víctimas y los testigos, ello no debe menoscabar el pleno respeto de los derechos del procesado a un juicio imparcial. Así pues, si bien el Tribunal puede ordenar que no se revele a los medios de comunicación o al público en general la identidad de una víctima o de un testigo, debe respetarse el derecho de un procesado a interrogar a los testigos de cargo (véase el apartado *e*, párrafo 1 del artículo 41). Por otra parte, procedimientos como el de dar testimonio mediante una cámara de vídeo pueden ser la única manera de obtener el testimonio de una víctima o un testigo particularmente vulnerable (por ejemplo un niño que ha presenciado alguna atrocidad).

3) La seguridad de los autos del proceso es asimismo esencial y debería ser objeto de regulación en el Reglamento.

Artículo 44.—De las declaraciones testimoniales

1. Antes de declarar, cada testigo asumirá, de conformidad con el Reglamento, un compromiso en cuanto a la veracidad de su testimonio.

2. Los Estados Partes harán extensivas sus leyes relativas al falso testimonio a las declaraciones prestadas a tenor del presente Estatuto por sus nacionales y cooperarán con el Tribunal en la instrucción y, cuando proceda, el enjuiciamiento de cualquier caso de presunto falso testimonio.

3. El Tribunal podrá requerir que se le informe de la naturaleza de cualquier declaración antes de que sea hecha a fin de resolver sobre su admisibilidad o pertinencia.

4. El Tribunal no exigirá la prueba de los hechos notorios sino que podrá tenerlos en cuenta de oficio.

5. No serán admisibles las declaraciones testimoniales obtenidas por medios contrarios a lo dispuesto en el presente Estatuto o a otras normas del derecho internacional.

Comentario

1) Si bien algunos miembros de la Comisión estimaron que las normas sobre la producción de la prueba no debían figurar en el Estatuto (véase el apartado *b*, párrafo 1 del artículo 19), otros consideraron que debían incluirse en él las disposiciones fundamentales. El artículo 44 es una vía media que sólo trata de algunos de los aspectos más importantes partiendo de la base de que la mayoría de las cuestiones pueden tratarse en la forma apropiada en el Reglamento (véanse los artículos 89 a 106 del Reglamento del procedimiento y de producción de la prueba del Tribunal Internacional).

2) Para contribuir a asegurar la veracidad del testimonio los testigos deben comprometerse a decir la verdad en la forma que prescriba el Reglamento. En los ordenamientos jurídicos de algunos Estados el acusado no tiene la obligación de prestar juramento antes de dar testimonio; corresponderá al Reglamento tener en cuenta estas situaciones. El Estatuto no incluye una disposición que tipifique como delito el dar falso testimonio ante el Tribunal. En definitiva, la Comisión estimó que el enjuiciamiento por perjurio debía efectuarse ante el tribunal nacional apropiado y el párrafo 2 así lo dispone.

3) Podrá requerirse a la acusación o a la defensa para que informen al Tribunal de la naturaleza y finalidad de las declaraciones testimoniales que se propongan en el juicio a fin de resolver sobre su pertinencia o admisibilidad (véase el párrafo 3, que es similar al artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg[102]). Esto debe ayudar al Tribunal a lograr un juicio expedito de alcance limitado a la determinación de la validez de los cargos contra el acusado y las cuestiones conexas. Algunos miembros subrayaron asimismo la conveniencia de esta disposición para impedir que la obtención o presentación de pruebas se utilizara como táctica dilatoria durante el proceso así como los costos considerables que podría en-

[102] Véase nota 83 *supra*.

trañar la traducción de pruebas inadmisibles o no pertinentes. Otros miembros expresaron la firme opinión de que esta disposición no debía interpretarse en el sentido de que permitiera al Tribunal excluir pruebas en procedimientos con intervención de una sola parte o a puerta cerrada.

4) En virtud del párrafo 4 el Tribunal podrá tener en cuenta de oficio los hechos notorios en lugar de exigir la prueba de los mismos (véase el artículo 21 del Estatuto de Nuremberg[103]).

5) El Tribunal debe excluir toda declaración obtenida por medios ilegales que constituyan una grave violación del Estatuto o del derecho internacional (incluidos los derechos humanos internacionalmente protegidos pero no exclusivamente éstos). Un miembro sugirió que sólo debían ser inadmisibles las pruebas obtenidas en violación de una norma imperativa de derechos humanos. Sin embargo, otros estimaron que el Tribunal debería excluir toda prueba obtenida en violación del derecho internacional, siempre que la violación fuera grave, y el párrafo 5 así lo dispone.

Artículo 45.—Del quórum y la sentencia

1. Cuatro miembros por lo menos de la Sala de Primera Instancia deberán estar presentes en cada fase del juicio.

2. Las decisiones de la Sala de Primera Instancia se adoptarán por mayoría de los jueces. Tres jueces por lo menos deberán coincidir en la decisión condenatoria o absolutoria así como en la pena que haya de imponerse.

3. La Sala que, habiendo quedado reducida a cuatro jueces, no pueda llegar a un acuerdo sobre la decisión después de transcurrido un tiempo suficiente para las deliberaciones, podrá ordenar un nuevo juicio.

4. Las deliberaciones del Tribunal se celebrarán a puerta cerrada y deberán permanecer confidenciales.

5. La sentencia deberá adoptar la forma escrita y contener una exposición completa y motivada de las constataciones y conclusiones. Se leerá en audiencia pública y no se dictará otra sentencia.

Comentario

1) En el artículo 45 se establecen las normas generales relativas al quórum necesario durante el proceso y las mayorías que se requieren para tomar decisiones.

2) En el párrafo 1 se exige que cuatro jueces estén presentes en todo momento. No están incluidos los jueces suplentes con arreglo al párrafo 6 del artículo 9 que todavía no hayan sido llamados a actuar. Las decisiones relativas a la condena o absolución y a la pena que se haya de imponer requieren tres votos afirmativos, aunque la Sala debe hacer todo lo posible por llegar a una decisión por unanimidad.

3) En el párrafo 3 se prevén los casos de falta de acuerdo. La facultad de una Sala de Primera Instancia para ordenar un nuevo juicio en tales casos queda estrictamente limitada. Tal facultad no existe en algunos ordenamientos jurídicos nacionales: la Sala de Primera Instancia ha de llegar a una decisión y si no puede hacerlo debe absolver al acusado. Un nuevo juicio en virtud del Estatuto sólo es posible cuando la Sala se ha reducido a cuatro jueces solamente (por ejemplo por fallecimiento o incapacidad de uno de los miembros) y éstos se hallan en un punto muerto. Debe hacerse todo lo posible (por ejemplo recurriendo a jueces suplentes en virtud del párrafo 6 del artículo 9) para evitar que esto suceda y algunos miembros estimaron que en estos casos el beneficio de la duda debe siempre favorecer al acusado.

4) Las deliberaciones del Tribunal se han de celebrar a puerta cerrada y deben permanecer confidenciales (véase el párr. 4).

5) El Tribunal dictará una sola sentencia que refleje la opinión de la mayoría de los jueces, sin votos disidentes o separados (véase el párr. 5). Se expresaron diferentes opiniones sobre la conveniencia de permitir formular votos disidentes o separados. Algunos estimaron que éstos podían minar la autoridad del Tribunal y de sus sentencias. Otros miembros creían que los jueces debían tener derecho a formular votos separados y en especial votos disidentes por razones de conciencia, si así lo deseaban, señalando que así se permitía expresamente en el párrafo 2 del artículo 23 del Estatuto del Tribunal Internacional[104]. Se sugirió también que estos votos serían importantes en caso de apelación. En definitiva la Comisión prefirió la primera opinión.

6) Como se indicó en el comentario al artículo 42, la absolución respecto de una acusación con arreglo al Estatuto no excluye la posibilidad de que el acusado pueda ser culpable de algún crimen por los mismos hechos según el derecho interno. Ya no estaría justificado detener a un acusado después de una sentencia absolutoria definitiva dictada con arreglo al Estatuto, pero el Tribunal, a reserva de la regla de especialidad establecida en el artículo 55, deberá poder concertar el traslado de una persona al Estado correspondiente en esas circunstancias.

Artículo 46.—De la imposición de la pena

1. En caso de sentencia condenatoria, la Sala de Primera Instancia celebrará una nueva audiencia para practicar las diligencias de prueba pertinentes a la imposición de la pena, permitir que el Fiscal y la defensa presenten sus informes y examinar la cuestión de las penas que corresponda imponer.

2. Al imponer la pena, la Sala deberá tener en cuenta elementos como la gravedad del crimen cometido y las circunstancias individuales de la persona declarada culpable.

[103] *Ibid.*

[104] Véase nota 56 *supra*.

Comentario

1) Generalmente se considera que la imposición de la pena representa un proceso aparte distinto del juicio. La finalidad de éste es determinar la verdad de los cargos que pesan sobre el acusado; la finalidad de la audiencia para imponer la pena es determinar una pena apropiada en relación con la persona y con el crimen. Por supuesto, las garantías procesales fundamentales propias de un juicio imparcial, en particular el derecho a asistencia letrada, también se extienden a la audiencia para imponer la pena. La Comisión estimó que estas consideraciones aconsejaban que se celebrase una audiencia por separado para imponer la pena: así se dispone en el párrafo 1, aunque los detalles del procedimiento figurarán en el Reglamento.

2) Al terminar la audiencia en que se impone la pena, el Tribunal ha de considerar la cuestión en privado y decidir sobre la pena apropiada, habida cuenta de factores tales como el grado de pena proporcional al crimen de conformidad con el principio general de proporcionalidad.

Artículo 47.—De las penas aplicables

1. El Tribunal podrá imponer a la persona declarada culpable de un crimen en virtud del presente Estatuto una o más de las penas siguientes:

***a*) La reclusión a perpetuidad o una pena privativa de libertad por un determinado número de años;**

***b*) Una multa.**

2. Al determinar la duración de la pena privativa de libertad o la cuantía de la multa, el Tribunal podrá tener en cuenta las sanciones previstas en la legislación:

***a*) Del Estado del que la persona declarada culpable sea nacional;**

***b*) Del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen; o**

***c*) Del Estado bajo cuya custodia se hallaba el culpable o que tenía jurisdicción sobre el mismo.**

3. Las multas satisfechas podrán ser transferidas, por orden del Tribunal, conjunta o separadamente:

***a*) Al Secretario, para sufragar las costas procesales;**

***b*) Al Estado cuyos nacionales hayan sido víctimas del crimen;**

***c*) A un fondo fiduciario establecido por el Secretario General de las Naciones Unidas para resarcir a las víctimas de crímenes.**

Comentario

1) En el artículo 47 se especifican las penas que puede imponer el Tribunal al determinar la sanción apropiada en cada caso. Son penas privativas de libertad que pueden llegar hasta la reclusión a perpetuidad y multas cuyo monto fija el Tribunal. El Tribunal no está autorizado a imponer la pena capital.

2) Al determinar la duración de la pena privativa de libertad o la cuantía de la multa que se ha de imponer, el Tribunal puede considerar las disposiciones pertinentes de la legislación nacional de los Estados que tengan una vinculación especial con la persona o con el crimen cometido, a saber el Estado del que sea nacional la persona declarada culpable, el Estado en que se haya cometido el crimen y el Estado que tenía la custodia del acusado o a cuya jurisdicción estaba sometido.

3) En el proyecto de Estatuto de 1993[105] se disponía que el Tribunal podía ordenar la devolución o la incautación de bienes utilizados en relación con el crimen. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión cuestionaron la capacidad del Tribunal para determinar la propiedad de bienes robados no habiendo una reclamación presentada por el propietario original, lo que quizá habría que considerar en un procedimiento aparte. Otros estimaron que no era apropiado autorizar al Tribunal a ordenar la devolución de bienes robados, mecanismo de reparación que consideraban más apropiado de un procedimiento civil que de un procedimiento penal. Un miembro sugirió que permitir al Tribunal considerar esas cuestiones no estaría en consonancia con su función primordial, a saber, enjuiciar y castigar sin demora a los autores de crímenes mencionados en el Estatuto. En definitiva, la Comisión consideró que era preferible dejar estas cuestiones a los órganos nacionales y a los acuerdos internacionales de cooperación judicial, de los cuales hay una red que va en aumento. En consecuencia, se suprimieron las disposiciones pertinentes.

4) Otros miembros de la Comisión, aun lamentando esa decisión, consideraron que, como consecuencia de ella, disposiciones como las de los apartados *b* y *c*, párrafo 3 del artículo 47, también deberían suprimirse, ya que en cierto sentido tenían por objeto la indemnización de las víctimas. Por otra parte, aunque sí reflejan cierta preocupación por las víctimas de los crímenes, los apartados *b* y *c* del párrafo 3 no pretenden de ninguna manera sustituir a la indemnización ni obstaculizar ninguna medida que puedan tomar las víctimas para obtener reparación ante otros tribunales o en el ámbito internacional.

5) Algunos miembros estimaron que debían preverse excepcionalmente sanciones distintas del encarcelamiento. En particular, opinaron que debía facultarse al Tribunal para ordenar el servicio a la comunidad en ayuda de las víctimas o de la sociedad en general. Otros miembros subrayaron que, como el Tribunal se ocuparía sólo de los crímenes más graves, la idea del «servicio a la comunidad» resultaba totalmente inapropiada.

---

[105] Véase nota 48 *supra*.

SEXTA PARTE

DE LA APELACIÓN Y LA REVISIÓN

Artículo 48.—De la apelación contra las sentencias o las penas

1. El Fiscal o la persona declarada culpable podrán, de conformidad con el Reglamento, apelar de toda decisión adoptada en virtud de los artículos 45 ó 47 por vicio de procedimiento, error de hecho o de derecho, o desproporción entre el crimen y la pena.

2. Salvo decisión en contrario de la Sala de Primera Instancia, la persona declarada culpable permanecerá privada de libertad mientras se resuelve la apelación.

Comentario

1) Según el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Este derecho se prevé en el artículo 25 del Estatuto del Tribunal Internacional[106]. Igualmente se prevé en el artículo 48 del presente Estatuto. El derecho de apelación puede ser regulado por el Reglamento, por ejemplo en cuestiones tales como los plazos de apelación.

2) Podrán interponerse apelaciones contra la sentencia o contra la pena. La Comisión cree que el derecho de apelación debe existir tanto para el Fiscal como para la persona condenada. La apelación puede basarse en uno o varios de los motivos siguientes: vicio de procedimiento, error de hecho o de derecho o desproporción entre el crimen y la pena. El criterio que ha de aplicar la Sala de Apelaciones y su poder para modificar una decisión u ordenar la celebración de un nuevo juicio oral se regulan en el artículo 49.

Artículo 49.—Del procedimiento de apelación

1. La Sala de Apelaciones tendrá todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia.

2. Si resuelve que el procedimiento objeto del recurso fue inequitativo o que la decisión impugnada adolece de un error de hecho o de derecho, la Sala podrá:

***a*) Si la apelación fue interpuesta por la persona declarada culpable, revocar o reformar la resolución o, de ser necesario, ordenar la celebración de un nuevo juicio;**

***b*) Si la apelación fue interpuesta por el Fiscal contra la absolución, ordenar la celebración de un nuevo juicio.**

3. Si considera, respecto de la apelación interpuesta contra una pena, que hay una desproporción manifiesta entre el crimen y la pena, la Sala podrá modificar esta última ateniéndose a lo preceptuado en el artículo 47.

4. La resolución de la Sala se adoptará por mayoría de los jueces y se le dará lectura en audiencia pública. El quórum requerido será de seis jueces.

5. Bajo reserva de lo dispuesto en el artículo 50, la resolución de la Sala de Apelaciones será definitiva.

Comentario

1) El artículo 49 regula el procedimiento de apelación. En la apelación entiende la Sala de Apelaciones (véanse los párrs. 1 a 3 del art. 9), presidida por el Presidente o (si éste no está disponible o es recusado) por un Vicepresidente. Aunque el derecho de apelación previsto en el artículo 48 puede ser ejercido tanto por el Fiscal como por la defensa, y se extiende por igual a los vicios de procedimiento, a los errores de hecho o de derecho y a la desproporción entre el crimen y la pena, existe una importante diferencia entre la apelación efectuada por el Fiscal y la efectuada por la defensa. La única manera que tiene el Tribunal de hacer lugar a la apelación interpuesta por el Fiscal contra la absolución pronunciada en relación con una acusación determinada es ordenar la celebración de un nuevo juicio. La Sala de Apelaciones no tiene la posibilidad de revocar o reformar la decisión de la Sala de Primera Instancia absolviendo a un acusado de una acusación determinada si no es anulando esa decisión como primer paso para un nuevo juicio. En todos los demás aspectos la Sala de Apelaciones tendrá todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia.

2) Así pues, la Sala de Apelaciones combina algunas de las funciones de la apelación como sistema de doble instancia con algunas de las funciones de la casación. Esto se consideró conveniente teniendo en cuenta la existencia de una sola apelación frente a las decisiones adoptadas en el juicio.

3) No todo error cometido en el juicio tiene por qué conducir a una revocación o anulación de la decisión. El error tiene que haber constituido un elemento importante de la decisión adoptada. Esto se expresa en el párrafo 2 cuando requiere para la revocación que el procedimiento en su conjunto haya estado viciado o que la decisión adolezca de un error. En cuanto a la pena impuesta, el párrafo 3 requiere para que el Tribunal la modifique que haya desproporción manifiesta entre el crimen y la pena. El Tribunal, como los tribunales nacionales de apelación, necesariamente tendrá que proceder en estas cuestiones con cierta libertad de apreciación y, en caso de duda, deberá resolver en favor de la persona declarada culpable.

4) Las decisiones se adoptarán por mayoría (es decir cuatro jueces, al menos, del Tribunal) y deberán hacerse públicas.

5) Lo mismo que el artículo 45, el artículo 49 no permite opiniones disidentes o particulares. Aunque algunos miembros consideraron que opiniones de esa naturaleza no deberían permitirse por las razones expresadas en relación con el párrafo 5 del artículo 45, otros consideraron que eran esenciales en las decisiones de apelación

[106] Véase nota 56 *supra*.

que versen sobre cuestiones importantes de derecho de fondo o procesal. Sin embargo, la Comisión llegó a la conclusión de que no debería discriminarse entre ambas situaciones y que en apelación las opiniones disidentes o particulares deberían prohibirse.

6) No se pretende que la apelación equivalga a un nuevo juicio. El Tribunal estaría facultado, de ser necesario, para permitir la admisión de nuevas pruebas, pero normalmente se basará en los autos del juicio.

Artículo 50.—De la revisión

1. La persona condenada en el juicio o el Fiscal podrán, de conformidad con el Reglamento, pedir a la Presidencia que se revise una decisión condenatoria por haberse descubierto pruebas de las que no dispusieron en el momento de dictarse o confirmarse la decisión condenatoria y que habrían podido influir de manera decisiva en la sentencia.

2. La Presidencia pedirá al Fiscal, o a la persona condenada en el juicio, en su caso, que presenten por escrito sus observaciones sobre la admisibilidad de la petición.

3. Si la Presidencia considerase que las nuevas pruebas pueden dar lugar a la revisión de la condena, podrá:

***a*) Convocar nuevamente a la Sala de Primera Instancia;**

***b*) Constituir una nueva Sala de Primera Instancia; o**

***c*) Remitir el asunto a la Sala de Apelaciones,**

a fin de que la Sala de que se trate, una vez oídas las partes, determine si las nuevas pruebas deben dar lugar a la revisión de la condena.

Comentario

1) La persona condenada en juicio podrá, de conformidad con el Reglamento, pedir la revisión de la sentencia por haberse descubierto nuevas pruebas que la persona condenada desconocía en el momento de celebrarse el juicio o de interponerse la apelación y que habrían podido influir de manera decisiva en la declaración de culpabilidad. Esto refleja lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como en el párrafo 1 del Artículo 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y es una garantía indispensable contra la posibilidad de un error de hecho referido a elementos que no estaban a disposición del acusado y que, por lo tanto, no fueron sometidos a la atención del Tribunal en el momento del juicio o de cualquier apelación. La Comisión estimó que la revisión sólo debía ser posible en caso de condena. El Estatuto contiene salvaguardias contra la promoción infundada de un proceso penal (véanse, por ejemplo, los párrs. 1 y 4 del art. 26 y el párr. 2 del art. 27), pero una vez que un procedimiento ha sido debidamente iniciado y tramitado sería una violación del principio *non bis in idem* permitir la revisión de una absolución por haberse descubierto nuevas pruebas (véase el párr. 2 del art. 42). Por otra parte, el derecho de apelar solicitando la revisión de una condena debería extenderse tanto al Fiscal como al condenado dado que el Fiscal tiene igual interés que la defensa en lograr un resultado justo y convincente en el procedimiento incoado con arreglo al Estatuto.

2) El derecho de solicitar la revisión debe basarse en pruebas que, de haberse conocido, habrían podido influir de manera decisiva en la sentencia. No se extiende, por ejemplo, a presuntos errores en la evaluación de los hechos presentados en el juicio o a errores de derecho o vicios de procedimiento, que son objeto del recurso de apelación. Teniendo en cuenta estas limitaciones y la necesidad de evitar la presentación de peticiones temerarias, la Presidencia, en virtud del párrafo 3, tiene la facultad de decidir si acepta o no la petición de revisión. Si, tras examinar los escritos presentados por el condenado y el Fiscal, decide aceptar la petición, la Presidencia puede hacer que se reúna de nuevo la Sala de Primera Instancia, constituir una nueva Sala o (por ejemplo si no se duda de la verdad del hecho nuevo invocado) remitir el asunto a la Sala de Apelaciones. El procedimiento que habrá de seguirse para la audiencia de una petición de revisión deberá regularlo el Reglamento.

SÉPTIMA PARTE

DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL

Artículo 51.—De la cooperación y la asistencia judicial

1. Los Estados Partes cooperarán con el Tribunal en las diligencias de instrucción penal y en los procesos que se entablen en virtud del presente Estatuto.

2. El Secretario podrá transmitir a cualquier Estado una solicitud de cooperación y asistencia judicial respecto de un crimen para pedir ayuda en particular, pero no exclusivamente, sobre:

***a*) La identificación y búsqueda de personas;**

***b*) La recepción de declaraciones y la práctica de diligencias de prueba;**

***c*) La tramitación de documentos;**

***d*) La detención o prisión preventiva de personas; y**

***e*) Cualquier otra gestión que pueda facilitar la administración de justicia, incluida la adopción de las medidas provisionales o cautelares necesarias.**

3. Al recibir una solicitud a tenor del párrafo 2:

***a*) En los casos a que se refiere el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 20, todos los Estados Partes;**

***b*) En cualquier otro caso, los Estados Partes que han aceptado la competencia del Tribunal respecto del crimen considerado,**

atenderán sin demora la solicitud.

Comentario

1) El funcionamiento eficaz del Tribunal dependerá de la cooperación internacional y la asistencia judicial de los Estados. Así pues, los Estados Partes en el Estatuto deberán cooperar con las investigaciones penales efectuadas por el Fiscal y responder sin dilación a cualquier petición del Tribunal relativa, por ejemplo, a la búsqueda de personas, la recepción de declaraciones, la práctica de diligencias de prueba, la tramitación de documentos, etc. El artículo 51 establece esta obligación general en términos que han sido tomados del artículo 29 del Estatuto del Tribunal Internacional[107], quedando entendido que las cuestiones relativas a su aplicación se resolverán entre el Tribunal y el Estado requerido. El artículo 51 se entiende sin perjuicio de las obligaciones más precisas y graduadas que establece, por ejemplo, el artículo 53 en relación con el traslado de los acusados a la sede del Tribunal.

2) Una importante diferencia con respecto al Tribunal Internacional es que el Tribunal a que se refiere el proyecto de Estatuto tiene competencia respecto de una gama más amplia de cuestiones y que su competencia no está limitada en el tiempo ni en el espacio. Además, algunos de los Estados Partes en el Estatuto tal vez no sean partes en uno o más de los tratados enumerados en el anexo o no hayan aceptado la competencia del Tribunal sobre los crímenes definidos en esos tratados. Tendrían que tomarse en cuenta estos factores al poner en práctica la obligación general de cooperar estipulada en el párrafo 1.

3) Algunos miembros de la Comisión consideraron que el artículo 51 iba demasiado lejos al imponer la obligación general de cooperación a los Estados Partes en el Estatuto, independientemente de que sean partes en los tratados correspondientes o de que hayan aceptado la competencia del Tribunal con respecto al crimen de que se trate. Esos miembros preferían, por consiguiente, que en el artículo 51 se dijese simplemente que las partes «se esforzarían» por cooperar, dando así al artículo un mayor grado de flexibilidad y más margen a los Estados para adoptar una decisión.

4) El párrafo 2 es una disposición que faculta al Secretario para dirigir a los Estados solicitudes de cooperación. El párrafo 3 requiere la pronta contestación a esas solicitudes por parte de los Estados que en él se especifican. No exige explícitamente a los Estados que respondan a esas solicitudes, puesto que dependerá de las circunstancias el que puedan hacerlo o no: por ejemplo, un Estado no puede detener a la persona que ha huido de su territorio. La obligación sustantiva de los Estados Partes en cuanto a las solicitudes hechas a tenor del párrafo 2 se regula en el párrafo 1.

Artículo 52.—De las medidas cautelares

1. En caso de necesidad, el Tribunal podrá pedir a cualquier Estado que adopte las necesarias medidas cautelares, en particular:

***a*) Que proceda a la detención preventiva de un presunto culpable;**

***b*) Que recoja documentos u otras pruebas materiales; o**

***c*) Que impida cualquier daño o intimidación de un testigo o la destrucción de pruebas materiales.**

2. Para complementar la petición hecha a tenor del párrafo 1, el Tribunal presentará cuanto antes y, en cualquier caso, dentro de los veintiocho días, una solicitud oficial de asistencia de conformidad con el artículo 57.

Comentario

1) Cuando las circunstancias lo requieran, el Tribunal podrá pedir a un Estado que adopte medidas cautelares, en particular medidas para impedir que el acusado salga de su territorio o para impedir la destrucción de pruebas que se encuentren en el mismo. Esa petición puede incluir la detención preventiva del presunto culpable en virtud de una orden dictada con arreglo al párrafo 1 del artículo 28. Véase también el artículo 9 del Tratado Modelo de Extradición[108].

2) La solicitud de medidas cautelares tal vez tenga que hacerse con mucha rapidez y en circunstancias en que una solicitud plenamente documentada requeriría demasiado tiempo. El párrafo 2 dispone que la solicitud oficial de asistencia prevista en la séptima parte deberá efectuarse dentro de los veintiocho días a contar desde la solicitud provisional.

3) El artículo 52 es básicamente una disposición que atribuye facultades al Tribunal. Las obligaciones de cooperación por los Estados Partes se tratan en el párrafo 1 del artículo 51.

Artículo 53.—Del traslado del inculpado para ponerlo a disposición del Tribunal

1. El Secretario transmitirá a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse la persona inculpada una orden de detención y traslado dictada en virtud del artículo 28 y solicitará la cooperación de ese Estado para la detención y traslado de esa persona.

2. Una vez recibida la solicitud a tenor del párrafo 1:

***a*) Todos los Estados Partes:**

i) en los casos a que se refiere el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 20, o

ii) que han aceptado la competencia del Tribunal respecto del crimen considerado,

adoptarán inmediatamente, a reserva de lo dispuesto en los párrafos 5 y 6, medidas para detener y trasladar a la persona inculpada y ponerla a disposición del Tribunal;

***b*) En el caso de uno de los crímenes a que se refiere el apartado *e* del artículo 20, el Estado Parte**

[107] *Ibid.*

[108] Véase nota 96 *supra*.

que sea también parte en el tratado aplicable pero que no haya aceptado la competencia del Tribunal para conocer de ese crimen deberá, si decide no trasladar al inculpado para ponerlo a disposición del Tribunal, adoptar inmediatamente todas las medidas necesarias para proceder a la extradición del inculpado o remitir el asunto a sus autoridades competentes a los efectos de la sustanciación de un proceso penal;

***c*) En cualquier otro caso, todo Estado Parte deberá examinar si puede, de conformidad con sus procedimientos judiciales, adoptar medidas para detener a la persona inculpada y ponerla a disposición del Tribunal o si debe adoptar medidas para conceder la extradición del acusado al Estado solicitante o remitir el asunto a sus autoridades competentes a los efectos de sustanciación de un proceso penal.**

3. El traslado del inculpado para ponerlo a disposición del Tribunal equivale, en las relaciones entre los Estados Partes que aceptan la competencia del Tribunal respecto del crimen considerado, a la ejecución de toda disposición de un tratado que exija que se conceda la extradición del presunto culpable o que se remita el asunto a las autoridades competentes del Estado solicitado a los efectos de sustanciación de un proceso penal.

4. El Estado Parte que acepte la competencia del Tribunal respecto del crimen considerado deberá en lo posible dar preferencia a cualquier solicitud formulada de conformidad con el párrafo 1 sobre las solicitudes de extradición formuladas por otros Estados.

5. Todo Estado Parte podrá aplazar el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 2 si el inculpado se halla bajo su custodia y se le ha formado causa penal por un delito grave o cumple la pena impuesta por un tribunal por un hecho delictivo. Ese Estado informará al Secretario, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la recepción de la solicitud, de las razones del aplazamiento. En tales casos, el Estado requerido:

***a*) Podrá consentir en el traslado temporal del inculpado a los efectos de su procesamiento en virtud del presente Estatuto; o**

***b*) Se atendrá a lo preceptuado en el párrafo 2 una vez que se haya concluido o sobreseído el procedimiento, o que se haya cumplido la pena, según sea el caso.**

6. Todo Estado Parte podrá, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la recepción de la solicitud a que se refiere el párrafo 1, presentar por escrito al Secretario una petición motivada de anulación de la solicitud del Tribunal. El Estado podrá, hasta que el Tribunal resuelva sobre esa petición, aplazar el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 2, pero adoptará las medidas cautelares necesarias para asegurar que el inculpado permanezca bajo su custodia.

Comentario

1) Habida cuenta del artículo 37 del Estatuto y de la necesidad de establecer una clara relación entre las obligaciones en vigor de juzgar o conceder la extradición y el Estatuto, el artículo 53 es una disposición de crucial importancia. Por las razones expuestas en el comentario al artículo 51, es necesario distinguir entre los diferentes niveles de obligación que los Estados Partes en el Estatuto pueden haber asumido, que pueden ir desde no ser partes en un tratado pertinente que defina un crimen, por un lado, hasta haber aceptado la competencia del Tribunal sobre esos crímenes en todos los casos, por otro. El artículo 53 está redactado en consecuencia. Además, a diferencia del Estatuto del Tribunal Internacional, que en el párrafo 2 de su artículo 9 proclama la primacía del Tribunal sobre los tribunales nacionales[109], el presente proyecto de Estatuto en principio funciona sobre la base de la jurisdicción concurrente.

2) En primer lugar, el Secretario podrá solicitar de cualquier Estado que coopere en la detención y traslado del inculpado de conformidad con una orden dictada en virtud del artículo 28. En lo que respecta a los Estados que no sean partes en el Estatuto, no puede imponerse la obligación de traslado pero puede recabarse su cooperación de conformidad con el artículo 56. El término «traslado» se ha utilizado para abarcar cualquier caso en que el inculpado sea puesto a disposición del Tribunal para la celebración del juicio a fin de evitar cualquier confusión con la noción de extradición u otras formas de entrega de personas (por ejemplo en virtud de acuerdos de estatuto de las fuerzas) entre dos Estados.

3) El párrafo 2 especifica el alcance de la obligación del Estado Parte de responder a una solicitud de traslado. Se han contemplado cuatro situaciones diferentes, que se indican a continuación:

a) Todos los Estados Partes en el Estatuto habrán aceptado la competencia «propia» del Tribunal sobre el genocidio en virtud del apartado *a* del artículo 20 y del apartado *a*, párrafo 1 del artículo 21. En este caso, a reserva de otras salvaguardias y garantías del Estatuto, será aplicable la obligación de traslado prevista en el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 53.

b) La misma obligación tendrán todos los Estados Partes que hayan aceptado la competencia del Tribunal con respecto al crimen de que se trate; éstos deben adoptar inmediatamente medidas para detener al inculpado y entregarlo al Tribunal con arreglo al apartado *a* del párrafo 2.

c) En el caso de los crímenes definidos en los tratados que figuran en el anexo, el Estado Parte que sea también parte en el tratado correspondiente que defina el crimen de que se trate pero que no haya aceptado la competencia del Tribunal debe detener al inculpado y trasladarlo o conceder su extradición o procesarlo.

d) En cualquier otro caso, todo Estado Parte deberá examinar si su propia legislación permite la detención y traslado del inculpado. En lo que respecta a los demás crímenes previstos por el derecho internacional general, puede que algunos Estados no hayan incluido algunos de esos crímenes (por ejemplo la agresión) en su propio código penal. Se consideró que en esos casos, si un Estado no acepta la competencia del Tribunal sobre tales críme-

[109] Véase nota 56 *supra*.

nes, la única obligación que podía imponerse era la especificada en el apartado *c* del párrafo 2.

4) En lo que respecta a la relación entre extradición y traslado son pertinentes varias disposiciones del artículo 53. Según el apartado *b* del párrafo 2 de ese artículo, el Estado que sea Parte en el tratado en que se defina el crimen pero que no haya aceptado la competencia del Tribunal para conocer de ese crimen está sujeto a una obligación opcional: conceder la extradición al Estado solicitante o procesar al inculpado *(aut dedere aut judicare)*. (Si se ha concedido una solicitud de extradición o se encuentra pendiente y es atendida más adelante, el Estado solicitante deberá en cualquier caso haber aceptado la jurisdicción del Tribunal antes de que éste pueda seguir adelante con el caso; véase el párr. 2 del art. 21.) Según el párrafo 4, el Estado Parte que acepte la competencia del Tribunal respecto del crimen considerado deberá, en la medida de lo posible, dar preferencia a cualquier solicitud de traslado formulada por el Tribunal, teniendo presente que esa solicitud no se haya hecho antes de la confirmación del auto de procesamiento y que los Estados interesados tengan la oportunidad de impugnar la competencia del Tribunal o la admisibilidad del caso de que se trate, según lo previsto en los artículos 34 ó 35. Las palabras «en lo posible» que se han insertado en el párrafo 4 reflejan, por un lado, la incapacidad del Estatuto para afectar a la condición jurídica de quienes no sean partes en él y, por otro, las dificultades de imponer una obligación completamente homogénea a los Estados Partes en el Estatuto dada la amplia gama de situaciones que éste abarca.

5) El traslado al Tribunal ha de entenderse, entre las partes en el Estatuto que acepten la competencia del Tribunal con respecto al crimen considerado, que es en cumplimiento de la disposición relativa a la obligación de juzgar o conceder la extradición contenida en los tratados de extradición (véase el párrafo 3). En los demás casos se reconoce que la elección entre conceder el traslado o la extradición debe incumbir al Estado requerido, particularmente en lo que respecta a las solicitudes de los Estados que no son partes en el Estatuto. En tal caso, no hay motivos para poner en desventaja a los Estados solicitantes que formen parte del Estatuto pero que no hayan aceptado la jurisdicción del Tribunal en un caso determinado.

6) La comisión opinó que, tomadas en conjunto, estas diversas disposiciones ofrecen garantías suficientes de que el Estatuto no socavará los mecanismos de funcionamiento de los acuerdos de extradición vigentes. No obstante, algunos miembros estimaron que el párrafo 4 iba demasiado lejos en cuanto a atribuir prioridad a la jurisdicción del Tribunal sobre la del Estado que solicitase la extradición; subrayaron que el Tribunal no debería en ningún caso estorbar el funcionamiento de los acuerdos de extradición existentes que se estuvieran aplicando.

7) El Estado Parte que reciba una solicitud de traslado podrá actuar de conformidad con los párrafos 5 ó 6. El párrafo 5 permite al Estado requerido aplazar el cumplimiento de la solicitud mientras el inculpado sea juzgado en sus propios tribunales por un crimen grave o termine de cumplir una pena impuesta por un delito. Esto no obsta a la posibilidad del traslado temporal de un preso a efectos de ser juzgado con arreglo al Estatuto por algún otro crimen comprendido dentro de la competencia del Tribunal. En esos casos podría concertarse un acuerdo para que la sentencia impuesta en virtud del Estatuto se cumpla concurrente o consecutivamente en el Estado interesado.

8) Otra posibilidad es que el Estado requerido, de conformidad con el párrafo 6, pida la anulación de la solicitud invocando motivos suficientes. El Tribunal, al examinar esa solicitud, habrá de tener en cuenta el artículo 35 y el preámbulo.

9) En caso de que se produzca el aplazamiento previsto en el artículo 5, el Tribunal deberá ser informado de las razones del mismo; en caso de que se aplique el párrafo 6, se deberán adoptar las medidas cautelares necesarias. El Secretario podrá también concertar con el Estado que tenga detenida a una persona con arreglo al Estatuto que dicha persona siga detenida en ese Estado hasta la celebración del juicio.

Artículo 54.—De la obligación de conceder la extradición o de sustanciar un proceso penal

En cualquiera de los asuntos relativos a un crimen de los previstos en el apartado *e* del artículo 20, el Estado Parte que tenga bajo su custodia al inculpado y que sea parte en el tratado aplicable pero que, a los efectos del apartado *b*, inciso i) del párrafo 1 del artículo 21, no haya aceptado la competencia del Tribunal, adoptará todas las medidas necesarias para conceder la extradición del presunto culpable al Estado solicitante que lo reclama para procesarlo o remitirá el asunto a sus autoridades competentes para ese mismo fin.

Comentario

1) Se ha aludido ya a la función del artículo 54 en el esquema del Estatuto (véase el comentario al art. 21). El artículo 54 es, de hecho, un corolario al rechazo por los Estados Partes en el Estatuto de la jurisdicción del Tribunal respecto de acusaciones aparentemente bien fundadas de crímenes sancionados en un tratado.

2) De este modo, el Estado Parte cuya aceptación de la jurisdicción del Tribunal es necesaria, pero que no la acepta, se encuentra bajo una obligación *aut dedere aut judicare* equivalente a la obligación incluida en la mayoría de los tratados enumerados en el anexo. Entre las partes en el Estatuto ello integra en efecto el Tribunal Penal Internacional en el sistema existente de jurisdicción y cooperación penal internacional respecto de los crímenes sancionados por tratados. Así se tiende a evitar la situación de que un Estado Parte dé asilo a una persona acusada, a primera vista justificadamente, de crímenes que hayan sido aceptados como tales por dicho Estado. Por otro lado, da a los Estados Partes, cuando se enfrentan con una petición de traslado de un acusado, la misma gama de opciones que tienen ahora en virtud de los tratados enumerados, a menos que el Estado de que se trate haya aceptado expresamente la competencia del Tribunal en relación con el crimen (véase el apartado *a*, párr. 2 del art. 53).

3) La Comisión estudió cuidadosamente la cuestión de si debería imponerse una obligación equivalente a los Estados Partes en general con respecto a los crímenes de derecho internacional mencionados en los apartados *a* a *d* del artículo 20. En conjunto, decidió que era difícil lograrlo con respecto a esos crímenes en ausencia de una base jurisdiccional segura o de un régimen de extradición ampliamente aceptado. El problema se presenta con la mayor agudeza respecto del apartado *d* del artículo 20 (crímenes de lesa humanidad), pero muchos Estados no tienen en su derecho penal una disposición que se refiera concretamente a esos crímenes.

Artículo 55.—Del principio de especialidad

1. Ninguna persona trasladada al Tribunal en virtud del artículo 53 podrá ser enjuiciada ni castigada por un crimen distinto del que haya motivado su traslado.

2. Las pruebas presentadas con arreglo a esta parte del Estatuto no serán utilizadas, siempre que el Estado que las presente así lo solicite, para ningún fin distinto de aquel para el que fueron presentadas, salvo que ello sea necesario a fin de proteger el derecho de un acusado a tenor del párrafo 2 del artículo 41.

3. El Tribunal podrá pedir al Estado interesado que dispense del cumplimiento de los requisitos establecidos en los párrafos 1 y 2, por las razones y fines especificados en la petición.

Comentario

1) El artículo 55 establece la regla de la especialidad (a veces denominada regla de identidad entre traslado y juicio). Esta regla pretende asegurar que la persona entregada al Tribunal sólo será enjuiciada o castigada por el crimen indicado en la petición inicial (véase el párr. 1). Análogamente, las pruebas presentadas al Tribunal sólo podrán utilizarse como pruebas para el fin expuesto en la petición original si el Estado que facilita dichas pruebas lo solicita (véase párr. 2). No obstante, esto está sujeto a los derechos del acusado en lo que respecta a la revelación de las pruebas exculpatorias de conformidad con el párrafo 2 del artículo 41.

2) Hay que distinguir entre la presentación de pruebas en cuanto tal y el uso de esa información como base para la investigación de la misma persona por otros crímenes o para la investigación de otras personas que pueden haber estado implicadas en una actividad criminal conexa. La limitación del párrafo 2 sólo se aplica a la primera situación.

3) El Tribunal podrá pedir al Estado interesado que dispense de los requisitos establecidos en el artículo 55 (véase el párrafo 3). Corresponderá al Estado requerido decidir si lo hace o no.

Artículo 56.—De la cooperación con los Estados que no sean partes en el Estatuto

Los Estados que no sean partes en el presente Estatuto podrán prestar asistencia en relación con las cuestiones tratadas en esta parte por cortesía internacional o en virtud de una declaración unilateral, de un acuerdo especial o de cualquier otro convenio con el Tribunal.

Comentario

El artículo 56 reconoce que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, tienen interés en enjuiciar y castigar los crímenes mencionados en el Estatuto y en disuadir de su comisión. Por ello se incita también a los Estados que no sean partes en el Estatuto a cooperar con el Tribunal y prestarle asistencia en virtud de una declaración unilateral, que puede ser de carácter general o específico, un acuerdo especial para un caso particular o cualquier otro tipo de convenio entre el Estado y el Tribunal.

Artículo 57.—De las comunicaciones y de la documentación

1. Toda solicitud en virtud de este título se hará por escrito, o se pondrá inmediatamente por escrito, y se efectuará entre la autoridad nacional competente y el Secretario. Los Estados Partes comunicarán al Secretario el nombre y la dirección de su autoridad nacional competente a estos efectos.

2. Cuando proceda, las comunicaciones podrán efectuarse también por medio de la Organización Internacional de Policía Criminal.

3. En toda solicitud que se haga en virtud de este título se incluirá lo siguiente, según proceda:

***a*) Una breve exposición del objeto de la solicitud y de la asistencia solicitada, incluidos el fundamento y los motivos jurídicos de la solicitud;**

***b*) Los datos relativos a la persona objeto de la solicitud o a los elementos de prueba solicitados, con una descripción suficientemente detallada para identificarlos;**

***c*) Una breve descripción de los hechos esenciales en que se fundamente la solicitud;**

***d*) Los datos relativos a la denuncia o los cargos objeto de la solicitud y al fundamento de la competencia del Tribunal.**

4. El Estado requerido, si considera que los datos incluidos en la solicitud no son suficientes para poder atenderla, podrá pedir información complementaria.

Comentario

1) En virtud del artículo 57 las comunicaciones normalmente se harán entre el Secretario y las autoridades nacionales competentes del Estado interesado y deben ser por escrito. También existe la posibilidad de efectuar comunicaciones con la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) o por conducto de ésta.

2) Toda solicitud hecha a un Estado en virtud de la séptima parte debe ir acompañada de una explicación suficiente de su objeto y base jurídica así como de la docu-

mentación apropiada, de conformidad con el párrafo 3. El Estado podrá pedir al Tribunal que le facilite información adicional si es necesario. Este artículo se basa en una disposición análoga del artículo 5 del Tratado Modelo de asistencia recíproca en asuntos penales[110].

OCTAVA PARTE

DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

Artículo 58.—Del reconocimiento de las sentencias

Los Estados Partes se comprometen a reconocer las sentencias del Tribunal.

Comentario

1) Los Estados Partes en el Estatuto deben reconocer las sentencias del Tribunal en el sentido de considerarlas, salvo que se suspendan en virtud de la sexta parte (véase art. 42), pasadas en autoridad de cosa juzgada a los efectos del Estatuto. Así pues, una sentencia del Tribunal debe poder fundamentar una excepción de cosa juzgada o impedimento legal o sus equivalentes con arreglo a los ordenamientos jurídicos que reconocen esas excepciones. Por otra parte, no es el artículo 58 sino el artículo 59 y la séptima parte del Estatuto los que imponen obligaciones de ejecución más afirmativas.

2) Según sus sistemas constitucionales puede ser necesario que los Estados Partes promulguen leyes o introduzcan medidas administrativas para dar efecto a esta y otras obligaciones en virtud de la octava parte del Estatuto. El contenido de esa legislación dependerá del sistema nacional de que se trate y no se puede prescribir de antemano.

3) Algunos miembros dudaron de que la simple obligación de reconocer las sentencias del Tribunal tuviera algún significado especial. En su opinión, esa obligación, para tener sentido, debería extenderse al reconocimiento de las consecuencias jurídicas de la sentencia. La sentencia en sí podía ser ejecutada en virtud del Estatuto y no necesitaba ese reconocimiento de los Estados. Otros eran partidarios de la supresión del artículo.

Artículo 59.—De la ejecución de las penas

1. La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado elegido por el Tribunal de una lista de Estados que hayan manifestado al Tribunal que están dispuestos a recibir a los condenados.

2. Si no se elige ningún Estado en virtud del párrafo 1, la pena privativa de libertad se cumplirá en un establecimiento penitenciario designado por el Estado huésped.

3. La pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión del Tribunal de conformidad con el reglamento.

[110] Resolución 45/117 de la Asamblea General, anexo

Comentario

1) Las penas privativas de libertad impuestas por el Tribunal se habrán de cumplir en los establecimientos penitenciarios de un Estado designado por el Tribunal o, a falta de esa designación, en el Estado en que el Tribunal tenga su sede. Como la limitada estructura institucional del Tribunal, al menos en sus etapas iniciales, no incluiría ningún establecimiento penitenciario, se requeriría a los Estados para que ofrecieran la utilización de esos establecimientos al Tribunal.

2) Aunque los establecimientos penitenciarios seguirían siendo administrados por las autoridades nacionales, las condiciones del cumplimiento de la pena deberían ser conformes con las normas internacionales, especialmente con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos[111]. El cumplimiento de la pena por los condenados quedaría también sujeto a la supervisión del Tribunal y podrá regularse con detalle en su reglamento. Por ejemplo, el reglamento podrá establecer el procedimiento para que un recluso pueda pedir una compensación por malos tratos recibidos o prever la presentación de informes periódicos por las autoridades nacionales, habida cuenta, por una parte, de la limitada estructura institucional del Tribunal y las dificultades de administrar diferentes normas dentro de un mismo establecimiento penitenciario y, por otra, de las garantías necesarias de las reglas mínimas internacionales. La mayoría de la Comisión consideró que podían tomarse disposiciones combinando la delegación de las facultades de custodia y administrativas al Estado interesado con una información periódica y disposiciones previendo el examen de las reclamaciones.

3) Teniendo en cuenta los costos considerables que puede suponer el encarcelamiento de los condenados por largos períodos, es de desear que los Estados Partes compartan la carga de esos costos a título de gastos del Tribunal. Estas disposiciones se habrán de elaborar como parte de la estructura financiera del Estatuto. Sobre este aspecto, véase el párrafo 5 del comentario al artículo 2.

Artículo 60.—Del indulto, la libertad condicional o la conmutación de penas

1. Si en virtud de una ley de aplicación general en el Estado en que el condenado cumple la pena privativa de libertad, una persona en las mismas circunstancias condenada por la misma conducta por un tribunal de ese Estado tendría la posibilidad de obtener el indulto, la libertad condicional o la conmutación de pena, el Estado lo notificará al Tribunal.

2. Si el Tribunal recibiera la notificación a que se refiere el párrafo 1, el condenado podrá solicitar, de conformidad con el reglamento, el indulto, la libertad condicional o la conmutación de la pena.

[111] Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 22 de agosto-3 de setiembre de 1955 —Informe preparado por la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta 1956 IV 4), anexo I, págs 73 a 79

3. La Presidencia, si resuelve que la solicitud formulada en virtud del párrafo 2 aparentemente está bien fundada, convocará a una Sala integrada por cinco jueces para que la examine y decida si, en interés de la justicia, el condenado debe ser indultado o puesto en libertad condicional, o si la pena debe serle conmutada, y con qué fundamentos.

4. Al imponer una pena privativa de libertad, la Sala podrá disponer que se cumpla de conformidad con leyes determinadas sobre indulto, libertad condicional o conmutación de pena del Estado de prisión. No se requerirá el consentimiento del Tribunal para que ese Estado adopte medidas ulteriores de conformidad con esas leyes, pero deberá notificarse al Tribunal, al menos con cuarenta y cinco días de antelación, toda decisión que pueda afectar sustancialmente las condiciones o la duración de la pena privativa de libertad.

5. Salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4, ninguna persona que cumpla una pena impuesta por el Tribunal será puesta en libertad antes del cumplimiento de la pena.

Comentario

1) La Comisión estimó que el Estatuto debía prever la posibilidad para el condenado de obtener el indulto, la libertad condicional o la conmutación de la pena. Algunos miembros consideraron que esas cuestiones deberían decidirse con un criterio uniforme mientras que otros subrayaron la preocupación por una administración de justicia eficiente que debía inspirar a las autoridades nacionales competentes. En el artículo 60 se trata de equilibrar estas consideraciones y establecer un régimen de indulto, libertad condicional y conmutación de la pena que dé al Tribunal un control sobre la liberación del acusado pero permita una administración relativamente uniforme en el plano nacional.

2) En particular, dispone este artículo que el Estado en que la persona esté encarcelada deberá notificar al Tribunal si a esa persona se le podría conceder el indulto, la libertad condicional o la conmutación de la pena en virtud de la legislación de ese Estado (véase párr. 1). Ello permitiría al condenado solicitar al Tribunal, de conformidad con el reglamento, que dictase una orden concediéndole el indulto, la libertad condicional o la conmutación de la pena. La Presidencia convocaría a una Sala para que examinara la cuestión si la solicitud parece bien fundada.

3) Al imponer la pena, el Tribunal puede disponer también que en lo que se refiere a esos extremos el cumplimiento de la pena se rija por la legislación nacional aplicable, delegando de hecho la cuestión en el Estado de detención. En tales casos, el Estado de detención deberá notificar previamente al Tribunal la decisión que afecte sustancialmente las condiciones o la duración de la pena privativa de libertad pero no se requerirá el consentimiento del Tribunal.

4) Salvo lo dispuesto en el artículo 60, un condenado no será puesto en libertad antes de que haya cumplido la pena impuesta por el Tribunal.

ANEXO

Crímenes definidos o previstos en tratados
(véase el apartado *e* del art. 20)

1. Las infracciones graves:

***a*) Al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, definidas en el artículo 50 de dicho Convenio;**

***b*) Al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, definidas en el artículo 51 de dicho Convenio;**

***c*) Al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, definidas en el artículo 130 de dicho Convenio;**

***d*) Al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, definidas en el artículo 147 de dicho Convenio;**

***e*) Al Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), del 8 de junio de 1977, definidas en el artículo 85 de dicho Protocolo.**

2. El apoderamiento ilícito de aeronaves, definido en el artículo 1 del Convenio de La Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 16 de diciembre de 1970.

3. Los crímenes definidos en el artículo 1 del Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 23 de septiembre de 1971.

4. El *apartheid* y los crímenes conexos, definidos en el artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973.

5. Los crímenes definidos en el artículo 2 de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973.

6. La toma de rehenes y los crímenes conexos, definidos en el artículo 1 de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979.

7. El crimen de tortura, sancionado por el artículo 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984.

8. Los crímenes definidos en el artículo 3 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y en el artículo 2 del Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, ambos de 10 de marzo de 1988.

9. Los delitos que se refieren al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, contemplados en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, y que, habida cuenta de la naturaleza de la presunta conducta y (de conformidad con el artículo 2 de la Convención) de la di-

mensión internacional del tráfico ilícito, constituyen crímenes de alcance internacional.

Comentario

1) El comentario al apartado *e* del artículo 20 explica el principio en base al cual se ha establecido la lista de crímenes incluidos en el anexo. Sólo se incluyen los tratados vigentes de ámbito universal (por contraposición a regional). No se han incluido los tratados que simplemente regulan una conducta o prohíben ciertas conductas pero sólo en el ámbito interestatal. Por eso no se han incluido en el anexo los siguientes tratados (enumerados en orden cronológico):

a) Reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, anexo a las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 relativas a las leyes y usos de la guerra terrestre.

Motivo: El Reglamento de La Haya no contiene disposiciones relativas a la responsabilidad penal individual. Muchas de las violaciones (aunque no todas) de las leyes y usos de la guerra especificadas en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg[112] se incluyen en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I a dichos Convenios, que prevén también el juzgamiento de los presuntos culpables en el caso de violaciones graves. Además, algunos aspectos del Reglamento quedan comprendidos en el ámbito de la noción de infracciones graves de las leyes y usos aplicables en caso de conflicto armado y están así recogidos en el apartado *c* del artículo 20 del Estatuto.

b) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Nueva York, 9 de diciembre de 1948.

Motivo: El genocidio, con arreglo a la definición de la Convención de 1948, se considera como un crimen en virtud del derecho internacional general y es el único crimen comprendido en la competencia propia del Tribunal: véase el apartado *a* del artículo 20. Por consiguiente, su inclusión en el anexo es innecesaria.

c) Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, 14 de mayo de 1954.

Motivo: En esta Convención figura un compromiso de los Estados Partes de respetar los bienes culturales en época de conflicto armado, salvo que las necesidades militares exijan imperativamente otra cosa (párrafos 1 y 2 del artículo 4), y de prohibir el robo, el pillaje, la apropiación indebida y el vandalismo respecto de esos bienes y contiene disposiciones conexas para su protección, incluido un sistema de protección especial de bienes particularmente valiosos. Esta Convención no define crímenes en cuanto tales (véase el art. 28), no extiende la competencia del Estado a los actos contrarios a la Convención ni contiene disposición alguna relativa a la extradición. Lo mismo sucede con el Protocolo de 14 de mayo de 1954, que trata de la exportación de bienes culturales del territorio ocupado.

d) La piratería, tal como se define en el artículo 15 de la Convención sobre la Alta Mar, Ginebra, 29 de abril de 1958, y en el artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982.

Motivo: El artículo 14 de la Convención sobre la Alta Mar requiere la cooperación «en toda la medida de lo posible a la represión de la piratería», definida en el artículo 15 como consistente en ciertos «actos». El artículo 19 confiere competencia sobre la piratería a cualquier Estado que aprese un buque pirata en la alta mar o fuera de la jurisdicción de cualquier Estado. Los artículos 100, 101 y 105 de la Convención de 1982 son idénticos en cuanto al fondo. Estas disposiciones confieren competencia únicamente al Estado autor de la captura y abarcan una gama de actos muy amplia. En definitiva, la Comisión decidió no incluir en el artículo 20 la piratería como crimen en virtud del derecho internacional general.

e) Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de 30 de marzo de 1961 (enmendada por Protocolo el 25 de marzo de 1972).

Motivo: La Convención Única y el Protocolo regulan la producción y el tráfico de estupefacientes. El artículo 36 requiere que todo Estado Parte tipifique como ilícitas ciertas conductas en su ordenamiento jurídico, a reserva, entre otras cosas, de «lo dispuesto por su Constitución» y de la «legislación nacional». Hay disposiciones especiales relativas a la extradición y una disposición que responde al principio *aut dedere aut judicare* [art. 36, inciso iv) del apartado *a*]. Hay argumentos en favor de su inclusión en el anexo, pero en realidad, la Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que está incluida en el anexo, se refiere a los mismos crímenes.

f) Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Tokio, 14 de septiembre de 1963.

Motivo: Este Convenio se aplica a los delitos contra la legislación penal nacional (incluidas las infracciones menores) así como a las conductas que puedan comprometer la seguridad de la navegación aérea, constituyan o no un delito. Su objeto principal es determinar la competencia del Estado de pabellón sobre crímenes, etc., a bordo de una aeronave. Los delitos graves cometidos por terroristas contra la seguridad de la aviación civil internacional están tratados en el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves y en el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, que están incluidos en el anexo.

g) Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, de 21 de febrero de 1971.

Motivo: Este Convenio es de carácter meramente regulador y no considera el uso o el tráfico de sustancias sicotrópicas como crimen de carácter internacional.

h) Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, de 10 de abril de 1972.

Motivo: En el artículo 4 se dispone que se prohíba el desarrollo, etc., de esas armas dentro de la jurisdicción de cada Estado Parte pero la Convención no crea delitos ni extiende la competencia de ningún Estado y no contiene disposición alguna relativa a la extradición.

i) Convención de las Naciones Unidas sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, de 10 de octubre de 1976.

Motivo: La Convención simplemente prohíbe el uso de técnicas de modificación ambiental en determinadas circunstancias (art. 4). No crea crímenes en cuanto tales, no extiende la competencia del Estado sobre actos contrarios a la Convención ni contiene disposición relativa a la extradición.

j) Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de

[112] Véase nota 83 *supra*.

los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977.

Motivo: El Protocolo II prohíbe determinadas conductas pero no contiene cláusula alguna relativa a violaciones graves ni disposición alguna de ejecución equivalente.

k) Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 10 de octubre de 1980.

Motivo: La Convención prohíbe ciertas conductas pero no trata esas conductas como criminales ni requiere que sean reprimidas mediante sanciones penales.

l) Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 4 de diciembre de 1989.

Motivo: Los artículos 2 a 4 crean delitos «a los efectos de la Convención». El párrafo 2 del artículo 9 y el artículo 12 combinados imponen una obligación *aut dedere aut judicare* a todos los Estados Partes. Esta Convención se ha excluido del anexo porque todavía no está en vigor. Si entrara en vigor antes de que se aprobara el Estatuto podría pensarse en añadirla a la lista. En tal caso, convendría añadir el siguiente párrafo:

«10. Crímenes relacionados con los mercenarios, definidos en los artículos 2, 3 y 4 de la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 4 de diciembre de 1989.»

2) En el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, los problemas de limitar esa Convención a los crímenes individuales de considerable trascendencia internacional se examinan en el comentario a la tercera parte del proyecto de Estatuto. La Comisión fue de opinión de que sólo deberían incluirse las infracciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención y, además, con sujeción a la reserva expuesta en el anexo que remite a la finalidad de la misma, tal como se indica en su artículo 2. Sin esa limitación, el párrafo 1 del artículo 3 abarcaría una gama de casos demasiado amplia para justificar su inclusión.

APÉNDICE I

POSIBLES CLÁUSULAS DE UN TRATADO EN QUE SE INCLUYA EL PROYECTO DE ESTATUTO

1. La Comisión consideró que el Estatuto podría incluirse en un tratado entre los Estados Partes Por ese tratado se establecería el Tribunal y se establecerían las modalidades de la supervisión, por los Estados Partes, de la administración del Tribunal. El tratado también abordaría cuestiones como la financiación, la entrada en vigor, etc , como corresponde en el caso de un instrumento nuevo que crea una institución como el Tribunal.

2. En la práctica habitual, la Comisión no suele redactar cláusulas finales para sus proyectos de artículos y por ello no ha intentado redactar un articulado con cláusulas de esa índole para el tratado en que se incluiría el Estatuto Ahora bien, en las deliberaciones de la Sexta Comisión de la Asamblea General se debatieron varias cuestiones que será necesario resolver al celebrar tal tratado. La Comisión de Derecho Internacional estimó que tal vez fuera útil indicar algunas de las posibles opciones a ese respecto.

3. Entre las cuestiones que deberán tratarse figuran las siguientes

a) *Entrada en vigor:* el Estatuto del Tribunal debe reflejar y representar los intereses del conjunto de la comunidad internacional en relación con el enjuiciamiento de algunos crímenes gravísimos que son motivo de preocupación internacional. En consecuencia, el Estatuto y el tratado del que forme parte, para su entrada en vigor, deberán requerir la aceptación por un importante número de Estados Partes.

b) *Administración:* la administración del Tribunal como entidad se confía a la Presidencia (véase el art. 8). Sin embargo, será necesario que los Estados Partes se reúnan de cuando en cuando para tratar cuestiones tales como las finanzas y la administración del Tribunal, para examinar los informes periódicos del Tribunal, etc. Habrá que determinar los medios que permitan a los Estados Partes actuar de manera concertada

c) *Financiación:* las cuestiones financieras habrán de examinarse detalladamente en las primeras etapas de todo debate sobre el Tribunal propuesto. Fundamentalmente, hay dos posibilidades: financiación directa por los Estados Partes o financiación total o parcial por las Naciones Unidas. La financiación por las Naciones Unidas no queda necesariamente excluida en el caso de que se cree una entidad separada relacionada con las Naciones Unidas (por ejemplo el Comité de Derechos Humanos) El Estatuto está redactado de tal manera que reduce al mínimo el costo del establecimiento del Tribunal propiamente dicho Con todo, varios miembros señalaron que las investigaciones y las diligencias de procesamiento con arreglo al Estatuto podrían resultar costosas. Asimismo, habrán de tomarse disposiciones para sufragar los gastos ocasionados por el encarcelamiento de las personas declaradas culpables de conformidad con el Estatuto

d) *Modificación y revisión del Estatuto* en el tratado deberá preverse, por supuesto, la modificación del Estatuto. En opinión de la Comisión, debería preverse la revisión del Estatuto a petición de un número especificado de Estados Partes, después de un período de cinco años, por ejemplo. Al considerar la modificación o revisión, convendrá examinar si debe revisarse la lista de crímenes del anexo para incorporarle nuevas convenciones en que se definan o tipifiquen crímenes. Tal puede ser el caso de instrumentos en curso de preparación, como el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la propuesta convención sobre la protección del personal de las Naciones Unidas encargado del mantenimiento de la paz.

e) *Reservas* independientemente de que el proyecto de Estatuto se considere o no «instrumento constitutivo de una organización internacional», en el sentido del párrafo 3 del artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo cierto es que tendrá una estrecha afinidad con un instrumento constitutivo y se le aplicarán de manera muy similar las consideraciones que indujeron a los redactores de la Convención a exigir «la aceptación del órgano competente de esa organización», con arreglo al párrafo 3 del artículo 20 El proyecto de Estatuto está pensado como un plan global, que contiene importantes contrapesos y condiciones en relación con el funcionamiento del Tribunal. está destinado a funcionar como un todo Estas consideraciones tienden a abonar la opinión de que las reservas al Estatuto y al tratado del que forme parte no deberán permitirse o deberán ser de alcance limitado. Ésta es, por supuesto, una cuestión que los Estados Partes deberán estudiar en el contexto de negociaciones para la concertación del Estatuto y del tratado en que se lo incluya

f) *Solución de controversias.* naturalmente, el Tribunal tendrá que determinar su propia competencia (véanse los arts 24 y 34) y, por ende, habrá de zanjar cualquier problema de interpretación y aplicación del Estatuto que surja en el ejercicio de esa competencia. Será preciso examinar los medios por los cuales deberán resolverse otras controversias surgidas entre los Estados Partes en el Estatuto con respecto a la interpretación del tratado que incorpore el Estatuto

APÉNDICE II

DISPOSICIONES PERTINENTES DE LOS TRATADOS MENCIONADOS EN EL ANEXO

(véase el apartado *e* del art. 20)

1 CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS Y LOS ENFERMOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPAÑA DE 12 DE AGOSTO DE 1949

Artículo 50

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio el homicidio in-

tencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

2. CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS, LOS ENFERMOS Y LOS NÁUFRAGOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL MAR, DE 12 DE AGOSTO DE 1949

Artículo 51

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

3. CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO AL TRATO DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA, DE 12 DE AGOSTO DE 1949

Artículo 130

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.

4. CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA, DE 12 DE AGOSTO DE 1949

Artículo 147

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

5. PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (PROTOCOLO I)

Artículo 85.—Represión de las infracciones del presente Protocolo

1. Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo.

2. Se entiende por infracciones graves del presente Protocolo los actos descritos como infracciones graves en los Convenios si se cometen contra personas en poder de una Parte adversa protegidas por los artículos 44, 45 y 73 del presente Protocolo, o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por el presente Protocolo, o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios que se hallen bajo el control de la Parte adversa y estén protegidos por el presente Protocolo.

3. Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud:

a) Hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;

b) Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, *a* iii);

c) Lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, *a* iii);

d) Hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas;

e) Hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;

f) Hacer uso pérfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo.

4. Además de las infracciones graves definidas en los párrafos precedentes y en los Convenios, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo:

a) El traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio;

b) La demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;

c) Las prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal;

d) El hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado *b* del artículo 53 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares;

e) El hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o aludida en el párrafo 2 del presente artículo de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.

5. Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra.

6. CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DEL APODERAMIENTO ILÍCITO DE AERONAVES

Artículo 1

Comete un delito (que en adelante se denominará «el delito») toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo,

a) ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma o intente cometer cualquiera de tales actos; o

b) sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos.

7. CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACIÓN CIVIL

Artículo 1

1. Comete un delito toda persona que ilícita o intencionalmente:

a) Realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave;

b) Destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;

c) Coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;

d) Destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo;

e) Comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo.

2. Igualmente comete un delito toda persona que:

a) Intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo;

b) Sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos.

8. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA REPRESIÓN Y EL CASTIGO DEL CRIMEN DE *APARTHEID*

Artículo II

A los fines de la presente Convención, la expresión «crimen de *apartheid*», que incluirá las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional, denotará los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente:

a) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona:

i) mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;

ii) mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;

iii) mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

b) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c) Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

d) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos;

e) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f) La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al *apartheid* privándolas de derechos y libertades fundamentales.

9. CONVENCIÓN SOBRE LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO DE LOS DELITOS CONTRA PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS, INCLUSIVE LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS

Artículo 2

1. Serán calificados por cada Estado Parte como delitos en su legislación interna, cuando se realicen intencionalmente:

a) La comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida;

b) La comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad;

c) La amenaza de cometer tal atentado;

d) La tentativa de cometer tal atentado; y

e) La complicidad en tal atentado.

2. Cada Estado Parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos.

3. Los dos párrafos que anteceden no afectan en forma alguna las obligaciones que tienen los Estados Partes, en virtud del derecho internacional, de adoptar todas las medidas adecuadas para prevenir otros atentados contra la persona, libertad o dignidad de una persona internacionalmente protegida.

10. CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA TOMA DE REHENES

Artículo 1

1. Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará «el rehén») o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención.

2. Toda persona que:

a) Intente cometer un acto de toma de rehenes, o

b) Participe como cómplice de otra persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes,

comete igualmente un delito en el sentido de la presente Convención.

11. CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

[...]

Artículo 4

1 Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura

2 Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad

12 CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA

Artículo 3

1 Comete delito toda persona que ilícita e intencionalmente

a) Se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, o

b) Realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque, o

c) Destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque, o

d) Coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que pueda destruir el buque, o causar daños al buque o a su carga que pongan o puedan poner en peligro la navegación segura del buque, o

e) Destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento, si cualquiera de tales actos puede poner en peligro la navegación segura de un buque, o

f) Difunda información a sabiendas de que es falsa, poniendo así en peligro la navegación segura de un buque, o

g) Lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados *a* a *f*

2 También comete delito toda persona que

a) Intente cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, o

b) Induzca a cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, perpetrados por cualquier persona, o sea de otro modo cómplice de la persona que comete tal delito, o

c) Amenace con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con lo dispuesto en la legislación interna, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los apartados *b*, *c* y *e* del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la navegación segura del buque de que se trate

13 PROTOCOLO PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LAS PLATAFORMAS FIJAS EMPLAZADAS EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL

Artículo 2

1 Comete delito toda persona que ilícita e intencionalmente

a) Se apodere de una plataforma fija o ejerza el control de la misma mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, o

b) Realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de una plataforma fija, si dicho acto puede poner en peligro la seguridad de ésta, o

c) Destruya una plataforma fija o cause daños a la misma que puedan poner en peligro su seguridad, o

d) Coloque o haga colocar en una plataforma fija, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que pueda destruir esa plataforma fija o pueda poner en peligro su seguridad, o

e) Lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados *a* a *d*

2 También comete delito toda persona que

a) Intente cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, o

b) Induzca a cometer cualquiera de esos delitos, perpetrados por cualquier persona, o sea de otro modo cómplice de la persona que comete tal delito, o

c) Amenace con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con la legislación interna, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los apartados *b* y *c* del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la seguridad de la plataforma fija de que se trate

14 CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

Artículo 2 —Alcance de la presente Convención

1 El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos

2 Las Partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados

3 Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno

Artículo 3 —Delitos y sanciones

1 Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente

a) i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971,

ii) el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada,

iii) la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i),

iv) la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el cuadro I y el cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines,

v) la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv),

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso *a* del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones,

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso *a* del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso *a* del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

ii) la posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y el cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines;

iii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

[...]

APÉNDICE III

ESBOZO DE LAS POSIBLES MODALIDADES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE RELACIONES ENTRE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE Y LAS NACIONES UNIDAS

1. El establecimiento de relaciones entre un tribunal penal internacional permanente y las Naciones Unidas debe examinarse necesariamente en función del método adoptado para su creación.

2. A este respecto cabe considerar dos hipótesis: *a*) el Tribunal pasa a formar parte de la estructura orgánica de las Naciones Unidas; *b*) el Tribunal no forma parte de la estructura orgánica de las Naciones Unidas.

A.—El Tribunal forma parte de la estructura orgánica de las Naciones Unidas

3. En esta hipótesis el Tribunal, por el mero hecho de su creación, ya está relacionado con las Naciones Unidas. Esto puede ocurrir de dos maneras:

1. Creación del Tribunal con la jerarquía de órgano principal dentro del sistema de las Naciones Unidas

4. Esta solución conferiría la máxima importancia a la creación del Tribunal, colocándolo al mismo nivel que los demás órganos principales de las Naciones Unidas y, en particular, que la Corte Internacional de Justicia. También facilitaría la competencia *ipso jure* del Tribunal respecto de ciertos crímenes internacionales. Según esta modalidad, el Tribunal se financiaría con cargo al presupuesto ordinario de la Organización.

5. Esta solución, sin embargo, podría suscitar cierta oposición porque requeriría la modificación del Capítulo XVIII de la Carta de las Naciones Unidas (Arts. 108 y 109). Cabe señalar, a este respecto, que en toda la existencia de la Organización no hay ningún precedente de creación de un órgano principal.

2. Creación del Tribunal como órgano subsidiario dentro del sistema de las Naciones Unidas

6. En cambio, hay una práctica bien establecida según la cual los órganos principales de las Naciones Unidas crean órganos subsidiarios, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas (en particular los Artículos 22 y 29), para el desempeño de las funciones que la Carta les confiere o confiere a la Organización en conjunto. Existe tal práctica hasta en el campo judicial. Uno de los primeros ejemplos es la creación del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas[113]. Otro ejemplo más reciente es el establecimiento del Tribunal para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia desde 1991 (en adelante «Tribunal Internacional»)[114].

7. Por lo común, y en lo que se refiere a la mayoría de las esferas de competencia, la creación de un órgano subsidiario es esencialmente de carácter auxiliar. Las decisiones del órgano subsidiario tienen normalmente valor de recomendaciones que el órgano principal pertinente puede aceptar o rechazar.

8. Ahora bien, en el campo judicial, el carácter auxiliar de un órgano se manifiesta principalmente en que su existencia misma así como la cesación de sus funciones dependen del correspondiente órgano principal competente de la Organización. Sin embargo, por lo que hace al ejercicio de sus funciones, la naturaleza misma de estas últimas (judicial) las hace incompatibles con la existencia de una autoridad jerárquica conferida al órgano principal que establece la corte o el tribunal. Por consiguiente, el órgano principal no tiene ningún poder para rechazar o modificar las decisiones del tribunal o la corte que se establecen. La Corte Internacional de Justicia se pronunció claramente en este sentido respecto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas[115] y lo mismo se desprende de ciertos artículos del estatuto del Tribunal Internacional (arts. 13, 15, 25, 26, etc.)[116].

9. En lo que hace a la financiación, las actividades de un órgano subsidiario se sufragan con cargo a fuentes de las Naciones Unidas, ya se trate de asignaciones presupuestarias, contribuciones prorrateadas o contribuciones voluntarias[117].

10. Cabe mencionar, asimismo, que en ocasiones la Asamblea General ha constituido tribunales como órganos subsidiarios en virtud de disposiciones de tratados celebrados fuera del ámbito de las Naciones Unidas. Tal fue el caso del Tribunal de las Naciones Unidas para Libia y del Tribunal de las Naciones Unidas para Eritrea[118]. Aunque los asuntos tratados por esos tribunales eran más o menos de la competencia genérica de la Asamblea General en virtud del Artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas, la disposición que dio lugar a su creación figuraba en el Tratado de Paz con Italia (anexo XI, párr. 3).

11. Debe establecerse una diferencia entre los casos a que se hace referencia en el párrafo precedente y los casos a que se refieren los párrafos 15 a 17, en los cuales la Asamblea General asume ciertas funciones respecto de órganos establecidos por las partes en un tratado multilateral.

B.—El Tribunal no forma parte de la estructura orgánica de la Organización de las Naciones Unidas y es creado mediante un tratado

12. En esta hipótesis, el Tribunal se crea en virtud de un tratado que obliga a los Estados que son partes en él. Existen dos modalidades posibles para vincular el Tribunal a la Organización: *a*) mediante un acuerdo entre el Tribunal y la ONU; *b*) mediante la resolución de un órgano de la ONU (por ejemplo la Asamblea General).

1. El vínculo se establece mediante un acuerdo entre el Tribunal y la ONU

13. Los acuerdos de cooperación constituyen el procedimiento típico por el cual los organismos especializados y las instituciones análogas establecen relaciones con las Naciones Unidas conforme a los Artículos 57 y 63 de la Carta de las Naciones Unidas. Los acuerdos se celebran entre el organismo especializado respectivo y el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y están supeditados a la

---

[113] Resolución 351 A (IV) de la Asamblea General.

[114] Véase nota 55 *supra*.

[115] *Effet de jugements...* (véase nota 58 *supra*), pág. 62.

[116] Véase nota 56 *supra*.

[117] Véase, por ejemplo, la resolución 48/251 de la Asamblea General.

[118] Instituidos, respectivamente, por las resoluciones 388 A (V) y 530 (VI) de la Asamblea General.

aprobación de la Asamblea General Esos acuerdos regulan, entre otras cosas, las cuestiones de colaboración con las Naciones Unidas en las esferas de actividad de cada organismo especializado y las cuestiones relacionadas con un sistema común en lo que respecta a la política de personal Cada organismo especializado constituye una entidad internacional autónoma con su propio presupuesto y sus propios recursos financieros

14 Se puede mencionar, en este aspecto, el artículo XVI del Estatuto del Organismo Internacional de Energía Atómica[119], que trata de las «relaciones con otras organizaciones» y dispone que la Junta de Gobernadores, con la aprobación de la Conferencia General, estará autorizada para concertar uno o más acuerdos en virtud de los cuales se establezcan relaciones apropiadas entre el Organismo y la Organización de las Naciones Unidas y cualesquiera otras organizaciones cuya labor tenga afinidad con la del Organismo El acuerdo por el que se regulan las relaciones entre el Organismo y la ONU fue aprobado por la Asamblea General[120] Entre otras cosas, el acuerdo regula la presentación de informes por el Organismo a la ONU, el intercambio de información y documentos, las cuestiones de representación recíproca, la inclusión de temas en los respectivos órdenes del día, la colaboración con el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia, las cuestiones de coordinación y cooperación, las disposiciones presupuestarias y financieras y las disposiciones concernientes al personal

15 La celebración de un acuerdo internacional con la Organización de las Naciones Unidas también fue el procedimiento contemplado por la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar para establecer el vínculo entre el futuro tribunal y la ONU El proyecto definitivo de tal acuerdo[121] trata, entre otras cosas, las cuestiones de la relación jurídica y del reconocimiento mutuo, la cooperación y coordinación, las relaciones con la Corte Internacional de Justicia, las relaciones con el Consejo de Seguridad, la representación recíproca, el intercambio de información y documentos, la presentación de informes a la Organización de las Naciones Unidas, la cooperación en cuestiones administrativas y las disposiciones relativas al personal En el proyecto de acuerdo también se reconoce «la conveniencia de establecer estrechas relaciones con la Organización de las Naciones Unidas en materia presupuestaria y financiera a fin de que las operaciones administrativas de la Organización de las Naciones Unidas y del Tribunal Internacional se lleven a cabo de la manera más eficiente y económica posible y de que exista la mayor coordinación y uniformidad posibles respecto de esas operaciones»

2 El Tribunal se vincula a la Organización de las Naciones Unidas mediante una resolucion de un organo de la ONU

16 Por último, el vínculo entre un Tribunal creado en virtud de un tratado multilateral y la Organización de las Naciones Unidas también puede establecerse mediante la resolución de un órgano de las Naciones Unidas En el caso de un tribunal penal internacional permanente tal resolución podría ser adoptada por la Asamblea General, tal vez con la participación del Consejo de Seguridad

17 En el campo de la protección de los derechos humanos se encuentran los ejemplos más pertinentes de la práctica internacional en cuanto al establecimiento de relaciones entre órganos creados en virtud de tratados y la Organización de las Naciones Unidas mediante una resolución de la Asamblea General Lo más frecuente es que en el propio tratado por el que se crea el órgano figuren disposiciones respecto del recurso a la Organización de las Naciones Unidas para el desempeño de ciertas funciones por ejemplo la función del Secretario General de las Naciones Unidas en el envío de invitaciones a los Estados Partes para la elección de miembros del órgano establecido por el tratado, la petición dirigida al Secretario General a fin de que facilite los servicios de personal y las instalaciones necesarias para el desempeño eficaz de las funciones del órgano, etc A su vez, las Naciones Unidas se hacen cargo de esas funciones mediante una resolución de la Asamblea General que «aprueba y abre a la firma y ratificación» el instrumento multilateral de que se trata Tal procedimiento se siguió, por ejemplo, en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

18 La aprobación de esas resoluciones tendrá por lo común consecuencias financieras para la Organización de las Naciones Unidas, por lo que se hace necesaria la intervención de la Quinta Comisión de la Asamblea General en el proceso Por ejemplo, en el caso del Comité de Derechos Humanos, el artículo 36 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que

> «El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud del presente Pacto »

y el artículo 35 establece que

> «Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea General determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité »

19 La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes también disponen que el Secretario General de las Naciones Unidas facilitará los servicios de secretaría (personal e instalaciones) de los respectivos Comités (véanse art 10, párrs 3 y 4 y art 18, párr 3, respectivamente), aunque la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prescribe en el párrafo 5 del artículo 18 que

> «5 Los Estados Partes serán responsables de los gastos que se efectúen en relación con la celebración de reuniones de los Estados Partes y del Comité, incluyendo el reembolso a las Naciones Unidas de cualesquiera gastos, tales como los de personal y los de servicios, que hagan las Naciones Unidas conforme al párrafo 3 del presente artículo »

Pero, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estas dos Convenciones disponen que los Estados Partes y no las Naciones Unidas sufragarán los gastos de los miembros del Comité mientras éstos desempeñen sus funciones (véanse párr 6 del art 8 y párr 7 del art 17, respectivamente)

20 En la práctica, la Asamblea General puede asumir, respecto de los comités creados en virtud de un tratado, ciertas funciones además de las contenidas en los tratados Por ejemplo, en la resolución 47/111, de 16 de diciembre de 1992 (párrafo 9), la Asamblea General

> «9 *Aprueba* las enmiendas de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y pide al Secretario General
>
> »*a*) que adopte las medidas apropiadas para financiar los comités constituidos en virtud de esas Convenciones con cargo al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas, a partir del presupuesto para el bienio 1994-1995,
>
> »[ ]»

2. Proyecto de codigo de crimenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

92. En el presente período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el duodécimo informe del Relator Especial sobre el tema (A/CN.4/460 y Corr.1) También dispuso de los comentarios y observaciones formulados por los gobiernos[122] sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura en su 43.° período de sesiones[123], en

[119] Véase nota 68 *supra*

[120] Véase nota 67 *supra*

[121] Véase el documento LOS/PCN/SCN 4/WP 16/Add 4

[122] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento N.° 10* (A/46/10), cap IV

[123] Véase nota 7 *supra*

respuesta a la petición que hizo la Comisión en dicho período de sesiones[124].

93. El Relator Especial señaló, en la introducción al duodécimo informe y en su presentación ante la Comisión[125], que éste estaba dedicado a la segunda lectura del proyecto de código y trataba solamente de la parte general del proyecto, que comprendía la definición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la tipificación y los principios generales.

94. Anunció que la segunda parte del proyecto de código, relativa a los crímenes propiamente dichos, sería objeto de un nuevo informe en el próximo período de sesiones de la Comisión y que tenía la intención de limitar la lista de esos crímenes a las infracciones cuyo carácter de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad difícilmente pudiera ponerse en tela de juicio.

95. En su duodécimo informe, el Relator Especial recogía, artículo por artículo, la parte general del proyecto aprobado en primera lectura, seguido cada artículo de las partes pertinentes de los comentarios de los gobiernos y después de la opinión y de las conclusiones y recomendaciones del Relator Especial relativas a cada artículo.

96. La Comisión examinó el duodécimo informe del Relator Especial en sus sesiones 2344.ª a 2347.ª, 2349.ª y 2350.ª, celebradas del 27 de mayo al 7 de junio de 1994. Después de escuchar la presentación del Relator Especial, la Comisión examinó los proyectos de artículos 1 a 15, tratados en dicho informe, y decidió, en su 2350.ª sesión, remitirlos al Comité de Redacción[126], quedando entendido que la labor sobre el proyecto de código y sobre el proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional sería coordinada por el Relator Especial sobre el proyecto de Código y por el Presidente y los miembros del Comité de Redacción y del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.

97. Los comentarios y observaciones de los miembros de la Comisión se reflejan en los párrafos 98 a 209 *infra*.

98. Algunos miembros formularon reservas acerca de la pertinencia actual del título que llevaba el proyecto de código, señalando a este respecto que el título quizá no reflejaba con exactitud el contenido que se quería dar al instrumento futuro. El título era adecuado para ciertos crímenes, como la agresión, pero era mucho más discutible para otros crímenes, como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, que sólo guardaban relación con la paz y la seguridad de la humanidad si se daba a este concepto un sentido sumamente amplio. Por lo que respecta a la sugerencia de llamar al proyecto de código «código de crímenes internacionales», algunos miembros pensaban que tal título podría crear confusión con los crímenes previstos en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[127]. Incluso el término «código» fue puesto en tela de juicio por algunos miembros, quienes pensaban que la palabra código debía ir seguida de una expresión genérica a la cual el código debía precisamente dar un contenido, puesto que no podía haber un «código» de «algunos» crímenes solamente. Sin embargo, otros miembros señalaron que la palabra «código» se había empleado en muchas esferas, en particular técnicas, en donde la finalidad no era necesariamente codificar el conjunto de un tema.

99. Se admitió en general que lo mejor sería esperar a ver qué crímenes se incluían en el proyecto de código para decidir si el título debía conservarse o no. Se hizo observar no obstante que la Comisión no podía modificar el título por sí sola puesto que era el que figuraba en la resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1967, por la cual la Asamblea General había encargado a la Comisión la preparación del proyecto de código.

100. Varios miembros celebraron el propósito manifestado por el Relator Especial de limitar el número de crímenes a las infracciones cuyo carácter de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad era difícil poner en tela de juicio. Se señaló en este sentido que los Estados estaban poco dispuestos a renunciar a su competencia en materia penal y que sólo con respecto a los crímenes internacionales más graves podrían inclinarse a aceptar la creación de un tribunal penal internacional. Se hizo notar también que esta reducción deseable del contenido del proyecto de código tendría una incidencia directa en la parte general del proyecto, pues el texto de algunas disposiciones había de ser necesariamente muy diferente según que el código se refiriera a prácticamente todas las infracciones del derecho de gentes o se limitara a los «crímenes de los crímenes», los que eran más graves y suponían una amenaza para la paz y para el concepto mismo de humanidad.

101. También en relación con la extensión de la lista de crímenes, otra corriente de opinión sostuvo que había dos obstáculos que dificultaban la reducción sustancial del número de crímenes previstos. El primero podía derivarse del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, en la medida en que ese estatuto podría prever una competencia *ratione materiae* muy amplia que fuera más allá de la lista establecida en el código. El segundo obstáculo para reducir el número de crímenes comprendidos en el código se derivaba de la naturaleza de los intereses protegidos, que eran los de la humanidad en su conjunto. Era difícil determinar y delimitar de antemano los actos que podrían afectar a esos intereses.

102. Por lo que respecta al ámbito de aplicación *ratione personae* del proyecto de código, se observó que el código había de referirse únicamente a los crímenes cometidos por individuos y por consiguiente no preveía la penalización directa o implícita de los Estados. Se celebró a este respecto que se diera cabida en el proyecto de código a la función de los individuos agentes del Estado, autores potenciales, entre otros, de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, se hizo la observación de que al comienzo del debate sobre el código la Comisión había previsto abarcar no sólo la responsabilidad penal de los individuos sino la responsabilidad penal de los Estados; posteriormente decidió dedicarse solamente a la primera reservando, sin excluirla del todo, la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. Se señaló a este respecto que el problema de los

[124] *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párr. 174.

[125] *Anuario... 1994*, vol. I, 2334.ª sesión.

[126] *Ibid.*, 2350.ª sesión, párr. 27.

[127] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 68 y ss.

vínculos entre las dos clases de responsabilidad y en particular de la relación entre el proyecto de código y el artículo 19 de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados[128] no dejaría de plantearse en lo futuro, y que, en consecuencia, la Comisión tendría que reflexionar sobre ello.

103. Algunos miembros hicieron observar que la cuestión de las penas aplicables a los autores de los crímenes previstos en el proyecto de código no se había resuelto todavía y que era necesario que la Comisión se pronunciara sobre ello. A este respecto se señaló que la cuestión de las relaciones entre el proyecto de código, el estatuto del tribunal penal internacional en estudio y los tribunales nacionales debía aclararse desde el principio pues tendría consecuencias importantes sobre la cuestión relativa a las penas aplicables. Si el código había de ser aplicado por el tribunal penal internacional propuesto debería fijar penas concretas para cada crimen en virtud del principio *nulla poena sine lege*. En cambio, si el código había de ser aplicado por las jurisdicciones internas, o a la vez por éstas y por el tribunal penal internacional, la determinación de las penas podría dejarse al derecho nacional en el primer caso o hacerse por referencia a las legislaciones nacionales en el segundo.

104. Por lo que respecta al proyecto de código en sus relaciones con el derecho interno se expresó la opinión de que sería preferible que la convención por la cual entrase en vigor el código impusiera a los Estados partes la obligación de incorporar el código a su ordenamiento jurídico interno. Se indicó que los Estados deberían estar claramente obligados a incorporar todo el contenido del código a su derecho penal. Se hizo observar que, en particular, habría que precisar con claridad que todo Estado parte cuyo ordenamiento jurídico no fuera conforme con el código infringiría la convención que estableciera el código. De ese modo se garantizaría la primacía del código sobre el derecho interno con respecto a los Estados partes.

105. Algunos miembros señalaron que el tratado por el cual los Estados pasarían a ser partes en el código debía ir acompañado de un procedimiento apropiado de solución pacífica de las controversias. Se sugirió a este respecto que en el código se debía precisar, mediante una cláusula compromisoria apropiada, el procedimiento o los procedimientos de solución a los que habría que recurrir en caso de que la controversia no se resolviera por vía de negociación.

106. Un gran número de miembros de la Comisión insistió en la necesidad de asegurar la coordinación necesaria entre las disposiciones del proyecto de código y las del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional. Aunque no había que vincular los dos trabajos de una manera rígida, o subordinar la adopción de uno de los instrumentos a la adopción del otro, inevitablemente había disposiciones comunes y problemas comunes a los dos proyectos, sobre todo los relativos a la parte general del proyecto de código. Era preciso pues adoptar las medidas necesarias para que no existiera contradicción entre los dos proyectos en su esfera común.

[128] *Ibid.*

107. Algunos miembros, que opinaban que era necesaria la coordinación entre el proyecto de código y el proyecto de estatuto, recomendaron que se armonizaran los dos proyectos en sus aspectos comunes.

108. A continuación se entabló un debate en el seno de la Comisión sobre los diferentes artículos del proyecto de código que el Relator Especial había examinado en su duodécimo informe.

109. Por lo que respecta al proyecto de *artículo 1* (Definición)[129], el Relator Especial señaló, en su duodécimo informe, que las observaciones de los gobiernos sobre este proyecto de artículo se habían referido principalmente a la cuestión de saber si la definición por enumeración era suficiente o si sería mejor recurrir a una definición general. En opinión del Relator Especial, de las observaciones no se desprendía que hubiera acuerdo sobre uno u otro método. Además señaló que muchos códigos penales no contenían ninguna definición general del concepto de crimen. Se limitaban a enumerar las infracciones consideradas como crímenes basándose en el criterio de gravedad. Inspirado no obstante por la fórmula de transacción propuesta por un gobierno, el Relator Especial estaba dispuesto a su vez a proponer un texto que comprendiese una definición general o conceptual seguida de una definición por enumeración no limitativa sino simplemente indicativa.

110. El nuevo texto del artículo 1 propuesto por el Relator Especial dice como sigue:

«Artículo 1.—Definición

»1. A los efectos del presente código, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es un acto o una omisión cometido por un individuo que por sí mismo constituye una amenaza grave e inmediata a la paz o la seguridad de la humanidad o da como resultado su violación.

»2. En particular, los crímenes definidos en el presente código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.»

111. Por lo que respecta a la expresión «de derecho internacional», colocada entre corchetes en la formulación del proyecto de artículo 1 aprobado provisionalmente en primera lectura, el Relator Especial, habida cuenta de las respuestas de los gobiernos, no veía ningún inconveniente en su supresión. La cuestión de saber si esta expresión debería o no mantenerse en el texto le parecía una cuestión puramente teórica. A su juicio, a partir del momento en que el código pasara a ser un instrumento internacional los crímenes en él tipificados corresponderían al derecho penal internacional convencional.

112. Varios miembros opinaban que la definición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad prevista en el artículo 1, para ser de alguna utilidad,

[129] El proyecto de artículo 1 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 1.—Definición

»Los crímenes [de derecho internacional] definidos en el presente código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.»

debía contener un elemento conceptual que caracterizara la categoría de los crímenes previstos. Se señaló a este respecto que tal definición ofrecería criterios válidos para formular la lista de crímenes. Se indicó que una definición conceptual sería tanto más necesaria si la lista no era exhaustiva y si debía actualizarse periódicamente. Si la Comisión no daba una definición general y se limitaba a hacer una lista, el código podría cerrarse a otras categorías de infracciones, lo que sería de lamentar. Por eso, a juicio de estos miembros, era casi indispensable una definición conceptual y general. A este respecto algunos miembros pensaban que la noción de gravedad era inseparable de una definición conceptual de los crímenes previstos.

113. Otros miembros expresaron reservas a propósito de una definición general o conceptual de los crímenes previstos. Se preguntaron si sería realmente posible hallar un denominador común para todos los crímenes. Además, tal definición podría crear el riesgo de que se aplicasen penas a actos u omisiones que no tuvieran ninguna definición exacta, lo que no estaría en conformidad ni con el requisito de la precisión y rigor del derecho penal ni con el principio *nullum crimen sine lege*. Se señaló también que una definición general no dejaría de crear dificultades con los Estados, por ejemplo en materia de agresión y de terrorismo. Los diversos tratados de extradición existentes y las convenciones contra el terrorismo indicaban siempre claramente cuáles eran las infracciones punibles. A juicio de estos miembros, la Comisión no debía pues buscar a toda costa una formulación general de los crímenes previstos en el proyecto de código.

114. Algunos miembros consideraron que la propuesta de transacción presentada por el Relator Especial en su duodécimo informe era interesante y digna de tenerse en cuenta.

115. Varios miembros opinaron que la expresión «de derecho internacional» incluida en el proyecto de artículo aprobado provisionalmente en primera lectura no tenía razón de ser. Algunos de ellos señalaron que no era seguro que todos los crímenes enumerados en el proyecto de código fuesen efectivamente crímenes con respecto al derecho internacional.

116. Otros miembros opinaron que la expresión «de derecho internacional» podría dar lugar a interpretaciones que introdujeran la noción de responsabilidad penal de los Estados, noción que rebasaba el ámbito de aplicación del código.

117. Finalmente otros estimaban, como el Relator Especial, que la cuestión era puramente teórica, habida cuenta de que la expresión no introducía nada nuevo, y que, una vez aprobado el código, éste se convertiría en una convención y los crímenes definidos en él pasarían a ser así crímenes internacionales.

118. Por lo que respecta al proyecto de *artículo 2* (Tipificación)[130], el Relator Especial señaló en su duodécimo informe que el proyecto de artículo tenía por objeto consagrar la autonomía del derecho penal internacional en relación con el derecho interno. El hecho de que un acto se calificara de asesinato en el derecho interno de un Estado no impedía que el mismo acto pudiera calificarse de genocidio con arreglo al código si se reunían los elementos constitutivos del genocidio.

119. No obstante, dado que varios gobiernos en sus respuestas escritas habían considerado que la segunda frase del proyecto de artículo era redundante y habían sugerido que se suprimiera, el Relator Especial estaba dispuesto a considerar esta supresión.

120. Varios miembros de la Comisión, aun mostrándose favorables al proyecto de artículo así como al principio de la autonomía del derecho penal internacional en relación con el derecho interno, apoyaron la supresión de la segunda frase del proyecto de artículo, que no consideraban verdaderamente indispensable.

121. En cambio, otros miembros opinaban que era necesario mantener la segunda frase del proyecto de artículo. Se señaló a este respecto que la primera y la segunda frase trataban cada una de un concepto diferente, la tipificación del acto, por una parte, y el carácter punible o no de ese mismo acto, por otra.

122. Algunos miembros, aun apoyando el mantenimiento del proyecto de artículo 2, pensaban que la Comisión debería evitar dar a entender que existía un conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno. La mayoría de los crímenes que la Comisión había determinado eran punibles por el derecho interno de todos los Estados. Se señaló que el problema residía en que la tipificación prevista en el proyecto de código no estaba relacionada en modo alguno con la tipificación establecida en el derecho interno de un determinado Estado. A este respecto se sugirió que se modificase el texto de la primera frase del proyecto de artículo 2 de manera que reflejase la relación existente entre el proyecto de código y los códigos penales de todos los Estados civilizados.

123. Por lo que se refiere al proyecto de *artículo 3* (Responsabilidad y sanción)[131], los dos primeros párrafos del texto aprobado en primera lectura por la Comisión habían sido mantenidos por el Relator Especial en su nueva propuesta.

124. En su duodécimo informe el Relator Especial señalaba que el proyecto de artículo 3 planteaba el princi-

[130] El proyecto de artículo 2 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 2.—Tipificación

»La tipificación de un acto o una omisión como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es independiente del derecho interno. El hecho de que un acto o una omisión sea punible o no en el derecho interno no afectará a esa tipificación.»

[131] El proyecto de artículo 3 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 3.—Responsabilidad y sanción

»1. Quien cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será responsable de ese acto y podrá ser sancionado por él.

»2. Quien proporcione ayuda o asistencia o los medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, conspire para perpetrarlo o lo instigue directamente será responsable de ese acto y podrá ser sancionado por él.

»3. Quien realice un acto que constituya una tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [a que se refieren los artículos...] será responsable de esos hechos y podrá ser sancionado por ellos. Se entiende por tentativa todo comienzo de ejecución de un crimen que no ha producido el resultado pretendido o ha sido interrumpido sólo por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.»

pio de la responsabilidad penal internacional del individuo, principio admitido en derecho penal internacional desde el juicio del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg[132]. Por lo que respecta al párrafo 3 del artículo, se habían formulado críticas, que el Relator Especial compartía, en el sentido de que todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no eran susceptibles de tentativa: por ejemplo la amenaza de agresión. En algunos casos la tentativa estaba prevista expresamente en convenciones vigentes, por ejemplo en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. A su juicio, en lugar de determinar caso por caso los crímenes previstos en el código que podían ser objeto de tentativa, el proyecto de código debería dejar a los tribunales competentes la tarea de definir por sí mismos si esta noción era aplicable en los asuntos concretos sometidos a su examen. El Relator Especial proponía pues una nueva formulación del párrafo 3 con arreglo a la cual el acto sólo se sancionaría si el tribunal estimaba que constituía realmente una tentativa. El nuevo párrafo 3 del artículo 3, tal como lo modificó el Relator Especial, dice así:

«3. Quien realice un acto que constituya una tentativa de cometer uno de los actos tipificados en el presente código será responsable de esos hechos y podrá ser sancionado por ellos.»

125. En lo que respecta al *título* del proyecto de artículo 3, se hizo observar que el término *punishment* de la versión inglesa tenía una connotación más moral que jurídica, lo que no era apropiado.

126. El contenido del *párrafo 1* fue bien acogido.

127. Por lo que respecta al *párrafo 2*, algunos miembros consideraron que su texto era demasiado vago y podía ampliar considerablemente la categoría de personas que podían ser procesadas en virtud del código. Por ejemplo, en el caso del crimen de agresión cada soldado podría ser procesado, lo que no concordaría con los principios del derecho de la guerra. En el capítulo II del proyecto de código se había tenido buen cuidado en definir las personas responsables de los crímenes y, a juicio de estos miembros, el párrafo 2 debería formularse de nuevo de manera que se tuviese en cuenta cada uno de los crímenes enumerados en ese capítulo.

128. Algunos miembros consideraron aceptable el *párrafo 3* tal como lo había modificado el Relator Especial.

129. Otros miembros expresaron reservas al respecto y preferían la versión original del párrafo. Se hizo notar a este respecto que si bien era cierto que la amenaza de agresión no podía ser objeto de una tentativa, éste era el único ejemplo que daba el Relator Especial; ello debería conducir a precisar los crímenes pertinentes que no podían ser objeto de tentativa. Se señaló también que la sugerencia de conceder a los tribunales competentes el derecho de decidir por sí mismos si era aplicable este concepto de tentativa en los asuntos concretos sometidos a su examen podía parecer atractiva pero, contrariamente a los tribunales penales que, en la mayoría de los sistemas jurídicos, interpretaban a veces en un sentido amplio un cierto número de conceptos, un tribunal penal internacional tendría facultades bien definidas y no era seguro que los Estados quisieran dejarle un gran margen de maniobra. En lo que concierne a la sustitución de la expresión «un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» por las palabras «uno de los actos tipificados en el presente código» cabía preguntarse si esta modificación podría disipar los temores de quienes consideraban que este párrafo tenía un alcance muy general.

130. Otra sugerencia en relación con el párrafo 3 fue que se suprimiera incorporando la noción de tentativa, sin definirla, en el párrafo 1 del proyecto de artículo, en el que se podría decir «quien cometa o intente cometer...». Los elementos de definición de la tentativa podrían incorporarse en el comentario al proyecto de artículo.

131. Algunos miembros pensaban que el proyecto de artículo 3, al igual que el proyecto de artículo 2, debía indicar claramente que el hecho de no impedir la comisión de un crimen podía constituir en sí mismo un crimen.

132. A juicio de algunos miembros, el proyecto de artículo 3 debía seguir más de cerca al artículo 7 del estatuto del Tribunal Internacional[133].

133. Por lo que respecta al proyecto de *artículo 4* (Móviles), aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión[134], el Relator Especial indicaba en su duodécimo informe que el artículo había suscitado muchas reservas, bien porque se considerara que constituía un obstáculo a los derechos de la defensa, bien porque se estimara que la disposición debía figurar más bien en el proyecto de artículo relativo a las circunstancias atenuantes. El Relator Especial aconsejó que se suprimiera este proyecto de artículo.

134. Un gran número de miembros de la Comisión apoyó la propuesta del Relator Especial encaminada a suprimir el proyecto de artículo 4. Se señaló a este respecto que generalmente se hacía una distinción entre el móvil y la intención o *mens rea* y que el móvil no formaba parte de los elementos constitutivos de la infracción. Por eso era de escasa utilidad retener el móvil pues no entraba en juego más que cuando se trataba de determinar el grado de responsabilidad. Los móviles políticos tendían a reducir la pena que normalmente se impondría, por ejemplo evitando que se pronunciara la pena de muerte en los sistemas de justicia penal en que todavía existía. Estos miembros opinaban pues que al suprimir el proyecto de artículo 4 habría que incorporar su contenido al proyecto de artículo relativo a las circunstancias atenuantes.

135. En cambio, algunos otros miembros pensaban que el proyecto de artículo 4 tenía cabida en el proyecto de código y no creían que se pudieran incorporar los móviles en las circunstancias atenuantes o en la categoría de

[132] Véase nota 59 *supra*.

[133] Véase nota 56 *supra*.

[134] El proyecto de artículo 4 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 4.—Móviles

»No obstará a la responsabilidad por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que el acusado invoque móviles no comprendidos en la definición del crimen.»

hechos justificativos. Algunos de estos miembros subrayaron en particular que no convenía que las personas que cometieran crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad pudieran argumentar que lo hacían por motivos políticos.

136. Por lo que respecta al proyecto de *artículo 5* (Responsabilidad de los Estados)[135], el Relator Especial señalaba en su duodécimo informe que no había dado lugar a ninguna observación desfavorable por parte de los gobiernos que lo habían comentado. Esos gobiernos coincidían todos en que un Estado debía ser considerado internacionalmente responsable del perjuicio causado por sus agentes como consecuencia de un acto criminal del que fueran autores. Un mismo hecho criminal, explicó, entrañaba a menudo dos consecuencias: una penal, que era la sanción impuesta a su autor, y una «civil», que era la obligación de reparar el perjuicio causado. Con gran frecuencia, en los crímenes de que se trataba, los autores eran agentes del Estado que actuaban en el ejercicio de sus funciones. En este caso la responsabilidad internacional en el sentido clásico de la expresión incumbía al Estado, tanto más cuanto que los daños causados, por razón de su importancia y de su magnitud, rebasaban considerablemente los medios de que disponían los agentes del Estado, autores de esos crímenes, para hacer frente a su reparación. El Relator Especial propuso pues que se mantuviera el proyecto de artículo.

137. Varios miembros de la Comisión apoyaron el proyecto de artículo 5 aprobado en primera lectura y la propuesta de mantenerlo del Relator Especial. Se observó a este respecto que el artículo planteaba un principio muy prudente y fundamental según el cual la responsabilidad internacional penal del individuo no podría excluir la responsabilidad internacional del Estado a raíz de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Se recordó también que este principio había sido consagrado en el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

138. Algunos miembros, aun apoyando el principio subyacente en el proyecto de artículo, consideraron que su redacción no era muy acertada y que podía mejorarse. Se señaló a este respecto que el proyecto de artículo 5 debía leerse junto con algunos artículos del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, a saber, los artículos 5 y 8 de la primera parte[136] y el apartado *b*, párrafo 2 del artículo 10 de la segunda parte[137]. Ahora bien, a juicio de algunos miembros, el texto actual del proyecto de artículo parecía excluir la existencia de todo vínculo entre la responsabilidad penal de un individuo y la responsabilidad del Estado. Aunque debían distinguirse los dos conceptos, no había que olvidar que a veces se daba una coincidencia entre los dos. Por ejemplo, conforme al párrafo 2 del artículo 10 de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, uno de los elementos de la satisfacción era el enjuiciamiento penal de individuos en cuya actuación tenía su origen el acto internacionalmente ilícito del Estado. Pero la satisfacción no podía descargar al Estado de las otras consecuencias posibles del crimen, como la reparación. Se sugirió pues que el proyecto de artículo debía decir claramente que:

> «El enjuiciamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad ha de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional.»

139. Además, mientras que algunos miembros pensaban que el texto del artículo podía mejorarse para evitar toda confusión con el concepto de responsabilidad penal del Estado, otros veían en la presente redacción el mérito de no descartar necesariamente esta noción si, en lo futuro, se la reconocía.

140. Por lo que se refiere al proyecto de *artículo 6* (Obligación de juzgar o de conceder la extradición)[138], el Relator Especial en su duodécimo informe señaló que los gobiernos, en sus respuestas escritas, no impugnaban el principio enunciado en el artículo sino que se preocupaban más bien por las condiciones de su aplicación. Una primera observación se refería a las garantías que se habían de dar al acusado cuya extradición se solicitara. El Relator Especial señaló que este tema se había examinado con detenimiento en el informe del Grupo de Trabajo sobre la creación de un tribunal penal internacional anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones[139] y, en su opinión, la formulación propuesta en ese contexto podía recogerse en el proyecto de código. Una segunda observación de los gobiernos se había referido al ámbito de aplicación del principio enunciado en el proyecto de artículo 6. Según algunos Estados, este principio sólo debía aplicarse a los Estados que fuesen partes en el código, opinión que a juicio del Relator Especial debía tenerse en cuenta. El Relator Especial señaló que la tercera observación de los gobiernos se refería al orden de prioridad que se había de establecer entre las solicitudes de extradición en caso de pluralidad de solicitudes. Según el Relator Especial, si bien se reconocía unánimemente el principio de la territorialidad del derecho penal y en consecuencia debía ser en principio prioritaria la solicitud del Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen, no por ello era menos cierto que este principio no debía considerarse abso-

---

[135] El proyecto de artículo 5 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 5.—Responsabilidad de los Estados

»El enjuiciamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonerará a ningún Estado de responsabilidad en derecho internacional por un acto o una omisión que le sea imputable.»

[136] Véase el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados en primera lectura por la Comisión en su 32.º período de sesiones, en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 33.

[137] Véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 21 y 22, nota 66.

[138] El proyecto de artículo 6 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 6.—Obligación de juzgar o de conceder la extradición

»1. El Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad deberá juzgarlo o conceder su extradición.

»2. Si son varios los Estados que solicitan la extradición, se tendrá en cuenta especialmente la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.

»3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no prejuzgarán la creación y la competencia de un tribunal penal internacional.»

[139] Véase nota 48 *supra*.

luto. Como habían hecho observar algunos gobiernos, esta norma suscitaba reservas cuando el Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen era responsable de su comisión. Según el Relator Especial, este principio podía suscitar también reservas en la hipótesis de que existiera un tribunal penal internacional. El Relator Especial se había preguntado también si la solicitud del Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen podía tener prioridad sobre la solicitud dimanada de una jurisdicción penal internacional. A juicio del Relator Especial la respuesta debía ser negativa.

141. Algunos miembros aprobaron sin reservas el texto actual del *párrafo 1* del proyecto de artículo. Algunos otros miembros, aun apoyando en principio la norma enunciada en el párrafo 1, se preguntaban si se había formulado de la mejor manera posible. Se señaló en este sentido que los diversos tratados y convenciones en vigor estaban redactados en términos muy variados en lo que respecta a la jurisdicción universal y que sería necesario estudiarlos metódicamente para determinar los denominadores comunes. Los términos actuales del párrafo 1 no parecían concordar con los que se encontraban en los textos de referencia. Por ejemplo, el artículo 7 de la Convención sobre la prevención y la represión de las infracciones contra las personas que gozan de una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos, de 1973, disponía que si el Estado parte no extraditaba al presunto autor de la infracción sometería el asunto a las autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, según procedimiento en conformidad con la legislación de ese Estado. El proyecto de artículo 6 del proyecto de código, por su parte, decía solamente que el Estado estaba obligado a juzgar al presunto autor de un crimen o a conceder su extradición. A juicio de estos miembros el texto del proyecto de artículo 6 debería armonizarse con el de los otros instrumentos.

142. Por lo que respecta al alcance *ratione personae* de la norma enunciada en el párrafo 1, cabía preguntarse si esta norma debía aplicarse a los Estados partes en el código o a todos los Estados. Se hizo observar que en la medida en que el código pasara a ser una convención la respuesta teórica a la cuestión debía apreciarse a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en particular sus artículos 34, 35, 38 y 43. Se trataría pues de determinar en qué medida el principio *aut dedere aut judicare* estaba reconocido como norma consuetudinaria que debía obligar a los Estados que no fueran partes en el código. Se indicó que, desde el punto de vista práctico, no reconocer a este principio un alcance *erga omnes* equivaldría a debilitar el sistema del código.

143. En relación con el *párrafo 2* del proyecto de artículo varios miembros, aun reconociendo la importancia que normalmente tenía el principio de la territorialidad en materia de extradición, expresaron sus reservas con respecto a la prioridad que el párrafo 2 parecía conceder en materia de extradición al Estado en cuyo territorio se había cometido el crimen. Se hizo notar a este respecto que tal prioridad podía conducir a la extradición del presunto culpable al Estado cuya responsabilidad había entrado también en juego por el acto del individuo, lo que, a su vez, podía dar lugar a sentencias de conveniencia. En otros casos, tal extradición podría conducir a sentencias que obedecieran más bien a una venganza que a un deseo de justicia.

144. Algunos miembros hicieron notar de todos modos que la norma propuesta en el párrafo 2 no era absoluta y que la formulación disponía solamente que «se tendrá en cuenta especialmente» la solicitud del Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el crimen. Se indicó que esta flexibilidad podría reforzarse sustituyendo la expresión «se tendrá en cuenta» por las palabras «podrá tenerse en cuenta».

145. En relación con el *párrafo 3* del proyecto de artículo se señaló que este párrafo y algunos aspectos del artículo en su conjunto deberían modificarse en el futuro a la luz de la aprobación del estatuto de un tribunal penal internacional. Se hizo observar que habría que introducir una disposición análoga a la que figuraba en el artículo 63 del proyecto preliminar de estatuto de un tribunal penal internacional anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.° período de sesiones[140] acerca de la entrega de un acusado al tribunal. Se sugirió que habría que indicar claramente en el proyecto de artículo que el tribunal internacional tendría prioridad en caso de pluralidad de solicitudes de extradición o entrega de un acusado.

146. Por lo que respecta a las garantías que se habían de dar al acusado cuya extradición se solicitara, algunos miembros sugirieron que se recogiese en el proyecto de código la formulación adoptada en el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su período de sesiones anterior.

147. En relación con el proyecto de *artículo 7* (Imprescriptibilidad)[141], el Relator Especial señaló en su duodécimo informe que las observaciones escritas recibidas de los gobiernos demostraban que la norma de la imprescriptibilidad no era aceptada unánimemente por los Estados. Esta norma no apareció hasta después de la segunda guerra mundial a instancias de la Organización de las Naciones Unidas en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, relativa a los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, en cuyo párrafo 1 se dice que esos crímenes serán objeto de enjuiciamiento «dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido». El Relator Especial señaló también que estos instrumentos, con todo, eran de alcance limitado pues se referían exclusivamente a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad. Le parecía difícil hacer extensiva esa norma a los demás crímenes tipificados en el código. En esas condiciones el Relator Especial estimaba que el proyecto de artículo re-

[140] *Ibid.*

[141] El proyecto de artículo 7 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente

«Artículo 7.—Imprescriptibilidad

»El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es imprescriptible.»

lativo a la imprescriptibilidad de los crímenes tipificados en el código debería suprimirse. Sólo se podían codificar las normas generales aplicables al conjunto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y la norma enunciada en el proyecto de artículo 7 no parecía aplicable al conjunto de los crímenes del código, al menos en el estado actual de las disposiciones vigentes.

148. Algunos miembros de la Comisión apoyaron la solución preconizada por el Relator Especial de suprimir el proyecto de artículo 7. Se señaló a este respecto que la norma de la imprescriptibilidad no podía aplicarse a todos los crímenes previstos en el código y que el proyecto de artículo 7 remitía a una cuestión que esencialmente correspondía resolver a los gobiernos, habida cuenta de las diversas consideraciones que debían tener en cuenta al tomar decisiones de política general. El hecho de que menos de 30 Estados hubieran ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad demostraba sobradamente que los gobiernos no estaban muy dispuestos a aceptar disposiciones que regulasen de antemano y de manera uniforme cuestiones que correspondían esencialmente a su política general.

149. Se señaló asimismo que una regla absoluta de la imprescriptibilidad podría constituir en algunos casos un obstáculo a la reconciliación entre dos comunidades que hubieran podido en el pasado levantarse una contra otra o incluso un obstáculo a la amnistía concedida por un gobierno con el consentimiento democráticamente expresado por una comunidad nacional en interés del restablecimiento definitivo de la paz interna.

150. Se preguntó si sería prudente entregar a la justicia al autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad 30 ó 40 años después de la comisión de ese crimen. Podían surgir dificultades de toda clase después de un intervalo tan largo. Se podría prever quizá, como solución de transacción, que la expiración del plazo de prescripción se suspendiera mientras hubiese razones de hecho para no iniciar un procedimiento penal, por ejemplo durante todo el período en que criminales que pudieran ser procesados con arreglo a las disposiciones del código estuvieran en el poder en un país.

151. Algunos miembros pensaban que en lugar de la imprescriptibilidad habría que prever un plazo de prescripción suficientemente largo en relación con la gravedad de los crímenes incluidos en el proyecto de código.

152. En cambio otros miembros pensaban que la norma de la imprescriptibilidad tenía cabida en el proyecto de código dado que la filosofía moral y jurídica de este instrumento se apoyaba en la noción fundamental de crímenes más graves y en la necesidad de extraer de ella las consecuencias más estrictas, tanto en el plano jurídico como en el plano práctico. Por eso, algunos de estos miembros opinaban que la cuestión del alcance del principio de imprescriptibilidad dependía en gran medida del contenido del proyecto de código, que debía tipificar los crímenes verdaderamente más graves o «crímenes de los crímenes» a los cuales pudiera razonablemente aplicarse el principio de imprescriptibilidad. En otro caso habría que reducir el alcance del proyecto de artículo 7 y aplicarlo solamente, por ejemplo, a los crímenes de lesa humanidad y a los crímenes de guerra.

153. Finalmente, algunos miembros que apoyaban el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad pensaban que los efectos de esta norma podrían suavizarse por razones humanitarias o de reconciliación nacional previendo la posibilidad de que una persona condenada obtuviera el indulto, la libertad condicional o la conmutación de la pena.

154. Al formular observaciones conjuntamente a los proyectos de artículos 8 (Garantías judiciales), 9 (Cosa juzgada) y 10 (Irretroactividad), varios miembros subrayaron tanto su importancia como la necesidad de coordinación entre esas disposiciones del proyecto de código y las relativas a las mismas materias en el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.

155. Por lo que respecta al proyecto de artículo 8 (Garantías judiciales)[142], el Relator Especial, en su duodécimo informe, señalaba que este artículo había suscitado un amplio apoyo, ya que se ajustaba a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos[143] y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Proponía pues que se mantuviera el artículo.

156. Varios miembros de la Comisión indicaron su conformidad con el texto actual del artículo 8 que, según se subrayó, consagraba las garantías mínimas de que debe gozar todo acusado, garantías que constituían una de las normas fundamentales del derecho internacional y de los instrumentos relativos a los derechos humanos.

---

[142] El proyecto de artículo 8 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 8.—Garantías judiciales

»El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tendrá derecho sin discriminación a las garantías mínimas reconocidas a todo ser humano en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho. En particular, tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad y:

»*a*) A ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, debidamente establecido por la ley o por un tratado, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él;

»*b*) A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra él;

»*c*) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

»*d*) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

»*e*) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

»*f*) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

»*g*) A ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

»*h*) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.»

[143] Resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

157. Finalmente, se hizo notar asimismo que convenía mantener un equilibrio entre las garantías judiciales ofrecidas al acusado y la seguridad de la comunidad internacional.

158. En lo que respecta al *artículo 9* (Cosa juzgada)[144], el proyecto de artículo aprobado provisionalmente en primera lectura disponía que nadie podría ser juzgado ni castigado en razón de un crimen penado por el Código por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional. El párrafo 2 de dicho proyecto de artículo enunciaba el mismo principio en caso de condena o de absolución por sentencia firme de un tribunal nacional pero sometía este principio a numerosas excepciones previstas en los párrafos 3 y 4 del artículo, a saber: *a*) cuando los hechos que hubieran llevado al enjuiciamiento y la condena como crimen de derecho común correspondieran a uno de los tipos establecidos en el presente Código; *b*) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia de un tribunal extranjero hubiera tenido lugar en el territorio del Estado del tribunal que se proponía juzgar por segunda vez; y *c*) cuando el Estado de ese segundo tribunal hubiera sido la víctima principal del crimen. El proyecto de artículo preveía no obstante que en caso de nueva condena el segundo tribunal deduciría, al dictar sentencia, toda pena ya impuesta y ejecutada como consecuencia de una condena anterior por el mismo hecho.

159. En su duodécimo informe el Relator Especial señaló que este proyecto de artículo suscitaba muchas reservas de parte de los gobiernos, reservas que atribuía al hecho de que el proyecto de artículo era fruto de una avenencia entre dos tendencias diferentes, una favorable y otra hostil a la inclusión del principio en el proyecto de código.

160. A juicio del Relator Especial, el principio de *non bis in idem* era aplicable en la hipótesis de la existencia de un tribunal internacional dotado de competencia concurrente con la de las jurisdicciones internas pues si se permitiera que éstas conocieran de un asunto del que ya había conocido la jurisdicción internacional se dañaría la autoridad de esta última. En cambio, si no existía un tribunal penal internacional, el Relator Especial consideraba mucho más difícil la aplicación del principio *non bis in idem* a las sentencias ya dictadas por una jurisdicción nacional. Por eso, en su proyecto de artículo 9 revisado, que dice así:

«Artículo 9.—Cosa juzgada

»1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por un tribunal internacional.

»2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal solamente si:

»*a*) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario en lugar de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad;

»*b*) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

»3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente Código, el tribunal internacional tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por una jurisdicción nacional a la misma persona por el mismo acto ya haya sido cumplida.»

el Relator Especial proponía limitar la aplicación del principio *non bis in idem* a la hipótesis de que existiera un tribunal penal internacional. Para la redacción de su nuevo proyecto de artículo el Relator Especial se había inspirado en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Internacional[145].

161. Algunos miembros de la Comisión refirieron sus comentarios al proyecto de artículo 9 aprobado en primera lectura. Expusieron dudas acerca de la compatibilidad de este proyecto de artículo, en particular sus párrafos 3 y 4, con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como con las disposiciones correspondientes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

162. Refiriéndose a la nueva formulación del proyecto de artículo 9 propuesta por el Relator Especial, varios oradores se congratularon de que el Relator Especial descartara la posibilidad de que los Estados hicieran juzgar por sus propios tribunales un asunto ya juzgado por un tribunal internacional. Se subrayó a este respecto que

[144] El proyecto de artículo 9 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 9.—Cosa juzgada

»1. Nadie será juzgado ni castigado en razón de un crimen penado por el presente Código por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de una sentencia firme por un tribunal penal internacional

»2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 3, 4 y 5, nadie podrá ser juzgado ni castigado por un crimen penado por el presente Código en razón de un hecho por el que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional, a condición de que, en caso de condena, se haya cumplido o se esté cumpliendo la pena impuesta

»3 No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, cualquier individuo podrá ser juzgado y castigado por un tribunal penal internacional o un tribunal nacional en razón de un crimen penado por el presente Código cuando los hechos que hayan llevado al enjuiciamiento y la condena como crimen de derecho común correspondan a uno de los tipos establecidos en el presente Código

»4 No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, cualquier individuo podrá ser juzgado y castigado por un tribunal nacional de otro Estado en razón de un crimen penado por el presente Código

»*a*) Cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia de un tribunal extranjero haya tenido lugar en el territorio de ese Estado; o

»*b*) Cuando ese Estado haya sido víctima principal del crimen

»5 En caso de nueva condena en virtud del presente Código, el tribunal deducirá, al dictar sentencia, toda pena impuesta y ejecutada como consecuencia de una condena anterior por el mismo hecho »

[145] Véase nota 56 *supra*

un análisis a fondo hacía ver que, en virtud del derecho positivo vigente, el principio *non bis in idem* sólo se aplicaba en el marco de un ordenamiento jurídico determinado de forma que no era imposible que, por los mismos hechos, se iniciase un procedimiento en otro Estado. En este contexto se señaló que el principio era relativo cuando autorizaba un segundo proceso en los casos en que lo exigieran los intereses superiores de la justicia, en que aparecieran hechos nuevos que fueran favorables al condenado y en que el tribunal que había juzgado no hubiera dado pruebas de imparcialidad o de independencia. Estos miembros aprobaron pues la iniciativa del Relator Especial de limitar la aplicación del principio a la única hipótesis de existencia de un tribunal penal internacional y consideraron aceptable la nueva formulación basada en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Internacional.

163. Algunos miembros expresaron de todos modos ciertas reservas sobre el hecho de introducir en el proyecto de código disposiciones análogas a las que figuraban en el Estatuto del Tribunal Internacional. Señalaron que este Tribunal estaba basado en una resolución del Consejo de Seguridad que preveía medidas con fuerza obligatoria para todos los Estados Miembros de la ONU, con miras a asegurar el mantenimiento de la paz y la seguridad en la región, mientras que el proyecto de código y el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional sólo se dirigían a los Estados que fuesen voluntariamente partes en ellos. Estos miembros pensaban pues que sería difícil aplicar el principio *non bis in idem* en el plano internacional porque los Estados generalmente no estaban dispuestos a aceptar la competencia de una jurisdicción internacional salvo en los casos en que dada la gravedad de los crímenes debía otorgarse una competencia exclusiva a un tribunal internacional.

164. Algunos miembros pensaban que el nuevo texto propuesto por el Relator Especial no resolvía la complejidad de los problemas creados por el principio *non bis in idem*, puesto que la referencia a los delitos ordinarios y a las parodias del proceso que se hacía en el párrafo 2 planteaba cuestiones reales.

165. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 10 (Irretroactividad)[146], el Relator Especial señalaba en su duodécimo informe que este texto casi no había suscitado objeciones. Indicaba que el párrafo 1 era la reafirmación de un principio fundamental del derecho penal y el párrafo 2 no era más que una reiteración del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[147] y del párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Proponía pues que se mantuviera el proyecto de artículo.

166. Varios miembros manifestaron que estaban de acuerdo con el texto actual del artículo, que apoyaron atendiendo a las consideraciones expuestas por el Relator Especial en su duodécimo informe. También se señaló que la ley no podía tener efecto retroactivo salvo cuando beneficiaba al acusado.

167. En relación con el proyecto de *artículo 11* (Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico)[148], en su duodécimo informe el Relator Especial señalaba que el principio consagrado en este proyecto de disposición estaba ya enunciado en los «Principios de derecho internacional consagrados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por el fallo de ese Tribunal» (principio IV)[149]. El Relator Especial subrayó que la Comisión no había hecho más que sustituir la expresión «si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción» por las palabras «si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden». A juicio del Relator Especial no convenía, sin fundamento serio, poner en tela de juicio ese principio y por lo tanto proponía que se mantuviera el proyecto de artículo.

168. Algunos miembros expresaron ciertas reservas con respecto al proyecto de artículo o hicieron sugerencias encaminadas a mejorar su texto. Así, por ejemplo, se señaló que, tal como estaba formulado actualmente, el artículo podía plantear graves problemas pues no existía ninguna relación entre la orden de un gobierno o de un superior jerárquico y la cuestión de la culpabilidad. Sugerir lo contrario era desconocer los principios generales del derecho y su aplicación. Se propuso que se suprimiera la frase entera que figuraba después de las palabras «responsabilidad penal». Se mencionó también que la Asamblea General no había «aprobado» realmente los Principios de Nuremberg sino que solamente había tomado nota de ellos. Otra sugerencia fue que se añadiese un adjetivo, por ejemplo la palabra «real» o la palabra «moral», a la palabra «posibilidad» que figuraba en el proyecto de artículo.

169. Otros miembros preferían volver a la expresión empleada en el principio IV de Nuremberg y redactar el proyecto de artículo de la manera siguiente:

> «El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no estará exento de responsabilidad moral en derecho internacional si ha tenido moralmente la facultad de elegir.»

170. Por lo que respecta al proyecto de *artículo 12* (Responsabilidad del superior jerárquico)[150], el Relator

---

[146] El proyecto de artículo 10 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 10.—Irretroactividad

»1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos cometidos antes de la entrada en vigor de éste.

»2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio ni la condena de todo individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, se consideraban criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional.»

[147] Véase nota 143 *supra*.

[148] El proyecto de artículo 11 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 11.—Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico

»El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no estará exento de responsabilidad penal si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.»

[149] Véase nota 24 *supra*.

[150] El proyecto de artículo 12 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

Especial, en su duodécimo informe, hizo observar que esta disposición establecía una presunción de responsabilidad que pesaba sobre el superior jerárquico en los casos de crímenes cometidos por sus subordinados. Esta presunción de responsabilidad se derivaba de la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales establecidos después de la segunda guerra mundial para conocer de los crímenes cometidos en el curso de esa guerra y que el Relator Especial había citado abundantemente en su cuarto informe[151]. Esa jurisprudencia se fundaba en la presunción de responsabilidad que pesaba sobre el superior jerárquico por la negligencia o falta de vigilancia o consentimiento tácito, faltas todas ellas que hacían penalmente responsable al superior de los crímenes cometidos por sus subordinados. El Relator Especial proponía que se mantuviera el proyecto de artículo.

171. Algunos miembros consideraron que el proyecto de artículo era satisfactorio y debía mantenerse en su forma actual.

172. Otros miembros, si bien estimaron aceptable la idea general que se traslucía en el proyecto de artículo, opinaron que su texto suscitaba varias dificultades. Señalaron que la frase «si éstos sabían o poseían información» introducía una noción acertada pero tal vez formulada de manera algo simplista. Esos miembros pensaban que sería menester enunciar explícitamente los criterios precisos con arreglo a los cuales el superior jerárquico podía ser considerado responsable de un acto, ya que, en su redacción actual, el artículo atribuía una responsabilidad muy grave a los superiores jerárquicos. También subrayaron que convendría examinar más a fondo la noción de presunción de responsabilidad apuntada por el Relator Especial en su duodécimo informe, en vista de que en el proyecto de artículo 8 se enunciaba la norma relativa a la presunción de inocencia. Además, se sugirió que la Comisión estudiara las fuentes de este proyecto de artículo.

173. Respecto del proyecto de artículo 13 (Carácter oficial y responsabilidad penal)[152], el Relator Especial había señalado en su duodécimo informe que, si bien era difícil prever con detalle los diversos casos en que el jefe de Estado o de gobierno debía ser procesado, se podía afirmar, con todo, que el jefe de Estado o de gobierno que cometía un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad debía ser procesado. El Relator Especial propuso que se conservara el proyecto de artículo 12 en su redacción actual.

174. En general, la propuesta de mantener sin modificación el proyecto de artículo 13 fue recibida favorablemente en la Comisión. Se subrayó, a este respecto, que el proyecto de artículo se basaba directamente en el principio III de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia de este Tribunal.

175. Por otra parte, se hizo observar que el proyecto de artículo excluía totalmente la inmunidad vinculada al carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y que tal vez convendría estudiar la cuestión de la inmunidad de que pueden gozar los dirigentes de un Estado respecto de los procedimientos judiciales.

176. En cuanto al proyecto de *artículo 14* (Circunstancias eximentes y atenuantes)[153], el texto aprobado en primera lectura constaba de dos párrafos. En el primero se disponía que el tribunal competente apreciaría la existencia de circunstancias eximentes conforme a los principios generales del derecho, habida cuenta de la naturaleza de cada crimen. En el segundo párrafo se preveía la posibilidad de que, al dictar sentencia, el tribunal tuviese en cuenta, cuando procediera, las circunstancias atenuantes.

177. En su duodécimo informe el Relator Especial se había manifestado de acuerdo con los gobiernos que, en sus respuestas escritas, consideraban que los conceptos de circunstancias eximentes y circunstancias atenuantes debían tratarse por separado. Esas dos nociones, según señalaba el Relator Especial, no estaban en el mismo plano. Mientras las circunstancias eximentes restaban a un acto todo carácter delictivo, las atenuantes no excluían tal carácter sino que simplemente aliviaban la responsabilidad penal del delincuente. En otras palabras, las circunstancias eximentes se referían a la existencia o la no existencia de un delito, mientras que las atenuantes se referían a la sanción. El Relator Especial opinaba también que las circunstancias eximentes, puesto que excluían la infracción, debían estar definidas en el Código, de la misma manera que las infracciones estaban definidas en el Código en virtud del principio *nullum crimen sine lege*. Por ello el Relator Especial proponía un nuevo proyecto de artículo 14 que trataba de las circunstancias eximentes, a saber la legítima defensa, la coerción y el estado de necesidad, que dice como sigue:

«Artículo 14.—Legítima defensa, coerción y estado de necesidad

»No habrá crimen cuando los actos cometidos se justifiquen por la legítima defensa, la coerción o el estado de necesidad.»

«Artículo 12.—Responsabilidad del superior jerárquico

»El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad penal si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y si no tomaron todas las medidas posibles a su alcance para impedir o reprimir ese crimen.»

[151] Véase nota 29 *supra*.

[152] El proyecto de artículo 13 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 13.—Carácter oficial y responsabilidad penal

»El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno, no lo eximirá de responsabilidad.»

[153] El proyecto de artículo 14 aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión decía lo siguiente:

«Artículo 14.—Circunstancias eximentes y atenuantes

»1. El tribunal competente apreciará la existencia de circunstancias eximentes conforme a los principios generales del derecho teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen.

»2. Al dictar sentencia, el tribunal tendrá en cuenta, cuando proceda, las circunstancias atenuantes.»

178. El Relator Especial explicó que la legítima defensa a la que se hace referencia en este contexto no era la prevista en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ese Artículo eliminaba la ilicitud de un acto concreto excluyendo así la responsabilidad internacional del Estado que lo cometiera. Sin embargo, al excluir la responsabilidad internacional del Estado, la legítima defensa excluía también la responsabilidad penal internacional de los dirigentes de ese Estado por el mismo acto. En cuanto a los conceptos de coerción o estado de necesidad, cabía decir que en la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales creados por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg[154] de 8 de agosto de 1945 y por la Ley N.° 10 del Consejo de Control Interaliado en Alemania[155] se habían admitido esos conceptos con las reservas y condiciones siguientes: *a*) la coerción y el estado de necesidad deben constituir una amenaza presente o inminente; *b*) el acusado que invoca las eximentes de coerción o el estado de necesidad no puede haber coadyuvado, por falta propia, a la coerción o el estado de necesidad; y *c*) no debe haber desproporción entre el bien que se ha protegido y el bien que se ha sacrificado para escapar a la amenaza. El Relator Especial señaló también que esta jurisprudencia, inspirada en el derecho anglonorteamericano, no distinguía entre coerción y estado de necesidad.

179. En general se acogió favorablemente en la Comisión la idea de dedicar un artículo separado a las circunstancias eximentes.

180. Aun así, se formularon críticas acerca de la redacción del nuevo proyecto de artículo 14 propuesto por el Relator Especial. Se señaló que el nuevo texto se había simplificado demasiado en relación con el anterior y podía crear una confusión lamentable entre la legítima defensa del individuo y la que se preveía en el Artículo 51 de la Carta. Era imprescindible que se aclarara el texto en vista de los posibles deslizamientos entre los dos tipos de legítima defensa. También se hizo observar que ninguna de las circunstancias eximentes mencionadas en el proyecto de artículo permitía justificar un acto como el genocidio y que la sencillez del texto podría inducir a creer que semejantes crímenes podían resultar excusables. Se indicó que podría atenuarse hasta cierto punto la ambigüedad incluyendo en el cuerpo del artículo las condiciones para su aplicación mencionadas por el Relator Especial en el texto de su informe (véase el párrafo 178 *supra*). Se señaló que la Comisión debería elaborar un texto más preciso sobre la legítima defensa, la coerción y el estado de necesidad, a falta de lo cual las circunstancias eximentes no ofrecerían gran interés práctico para los acusados.

181. También se hizo observar que el proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial debería dividirse en dos pues se trataba de elaborar dos conceptos diferentes. El acto cometido en el marco de la legítima defensa no era ilícito, mientras que en el caso de la coerción y del estado de necesidad no había falta pero subsistía el elemento de ilicitud. Además, se sugirió que figurase en el proyecto el error en cuanto circunstancia eximente, aun cuando fuese poco probable que se invocara con frecuencia en el marco de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. También se mencionaron la «demencia» y el «consentimiento» entre los casos posibles de ausencia de responsabilidad que la Comisión debería examinar a fin de decidir si convenía incluirlos en el proyecto de código.

182. Por último, algunos miembros se mostraron algo reacios a aceptar la noción de que las circunstancias eximentes pudiesen aplicarse a actos tan graves como los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

183. El Relator Especial señaló que en el nuevo proyecto de artículo que había propuesto en su duodécimo informe se había eliminado en el título la palabra «eximentes».

184. En cuanto al *nuevo proyecto de artículo 15* (Circunstancias atenuantes), propuesto por el Relator Especial en su duodécimo informe, que dice así:

«Artículo 15.—Circunstancias atenuantes

»Al imponer las penas, el tribunal podrá tener en cuenta las circunstancias atenuantes.»

el Relator Especial señaló que, en general, se admitía en derecho penal que todo tribunal que conocía de una causa penal está facultado para examinar las circunstancias en las cuales se cometió la infracción y para determinar si existían circunstancias atenuantes de la responsabilidad del culpable. Por otra parte, el Relator Especial consideró que no correspondía regular las circunstancias agravantes pues se trataba de los crímenes más graves entre los más graves. Sin embargo, señaló que correspondía a la Comisión dirimir la cuestión.

185. Varios miembros se mostraron partidarios de incluir en el Código una disposición especial sobre las circunstancias atenuantes. Se hizo observar, a este respecto, que en inglés la palabra *mitigating* sería preferible a la palabra *extenuating*.

186. En cuanto a la «demencia», que varios gobiernos habían citado como circunstancia atenuante, existía el peligro de que tal argumento vaciara el código de todo contenido pues todos los autores de crímenes tan horribles podrían ser considerados dementes.

187. También se sugirió que el proyecto de artículo 15 se armonizara con la disposición correspondiente del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y que se examinara en correlación con la cuestión de las sanciones.

188. Se hizo una observación según la cual, en el supuesto de que el código fuese aplicado por las jurisdicciones nacionales, una solución de facilidad consistiría en remitirse a la formulación de las circunstancias atenuantes dada por las legislaciones nacionales respectivas.

189. A este respecto, algunos miembros opinaron que, como las circunstancias atenuantes eran asunto que com-

[154] Véase nota 83 *supra*.

[155] Ley relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra, de crímenes contra la paz y de crímenes contra la humanidad, dictada en Berlín el 20 de diciembre de 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, N.° 3, 31 de enero de 1946).

petía al juez que pronunciaba la sentencia, el proyecto de artículo 15 no tenía razón de ser.

190. En cambio, otros miembros pensaban que en el proyecto de artículo 15 deberían tratarse tanto las circunstancias agravantes como las circunstancias atenuantes.

191. Al final del debate sobre su duodécimo informe, el Relator Especial hizo un resumen de las principales tendencias que se apreciaban y, al propio tiempo, expuso su opinión acerca de algunos de los extremos que se habían suscitado.

192. Por lo que hacía al título del proyecto de código, el Relator Especial consideraba que seguía reflejando la realidad a juzgar por los acontecimientos que se habían producido recientemente en la antigua Yugoslavia, en Rwanda y en otros países, donde seguían cometiéndose crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra. No acertaba a ver cómo podía modificarse ese título. El de «código de crímenes internacionales» sería un título demasiado general, pues el proyecto de código sólo se refería a los crímenes más graves que constituían un peligro para la humanidad y la civilización universal.

193. Refiriéndose al proyecto de artículo 1, el Relator Especial ya había explicado en varios de sus informes anteriores por qué la Comisión había preferido una definición por enumeración antes que una definición general de los crímenes. Ello no obstante, algunos de los miembros de aquélla seguían siendo partidarios de una definición general o conceptual. El Relator Especial no tenía objeciones a ese respecto, pero el hecho era que en los trece años transcurridos no se había propuesto ninguna definición general y él mismo no tenía ninguna que sugerir. La enumeración también era una definición válida. Un gobierno había sugerido una definición general seguida de una enumeración indicativa y no limitativa. El Relator Especial había recogido esta idea, que consideraba interesante, pero también estaba dispuesto a estudiar otras propuestas.

194. Por lo que se refería al proyecto de artículo 2, el Relator Especial señaló que confirmaba la autonomía del derecho internacional respecto del derecho interno. Si bien la primera frase había sido objeto de aprobación general, la segunda («El hecho de que un acto o una omisión sea punible o no en el derecho interno no afectará a esa tipificación») había suscitado cierta oposición, siendo así que algunos miembros de la Comisión estimaban que era redundante y no introducía nada nuevo. El Relator Especial señaló que, como la segunda frase explicaba y afianzaba la primera, era partidario de mantenerla. Señaló que, a partir del momento en que se admite que el derecho penal internacional es una ciencia con todas sus prerrogativas, debían poderse tipificar los actos punibles en virtud de ese derecho. La tipificación era normalmente asunto que competía al juez. Cuando una persona acusaba a otra de la comisión de un acto, no le correspondía calificar ese acto sino simplemente describir los hechos que denunciaba. Incumbía al juez calificar el acto y decidir cuál era el delito, previsto en el código, al que correspondía el acto. Esto resultaba a veces sumamente difícil.

195. En relación con el proyecto de artículo 3 el Relator Especial señaló que no bastaba con comprobar que se había cometido un crimen: también era necesario establecer el vínculo entre el hecho y la responsabilidad de su autor. Varios miembros de la Comisión habían impugnado la utilización de la palabra *punishment* y habían propuesto que se sustituyera por un término más apropiado. El Relator Especial se atendría a la decisión del Comité de Redacción.

196. En el párrafo 3, la noción de «tentativa» había sido objeto de largas discusiones. Se había preguntado al Relator Especial cuáles eran los crímenes que podían ser objeto de tentativa y cuáles no, pero desgraciadamente no era posible establecer tal distinción por adelantado. En su opinión, acometer esa tarea no llevaba a ninguna parte pues correspondía al juez zanjar la cuestión.

197. El artículo 4 había suscitado dificultades y el Relator Especial no acertaba a ver por qué el proyecto de código tenía que dedicar un artículo a esa cuestión. Había muchas clases de móviles. Podían cometerse delitos por dinero pero también por orgullo o incluso por influencia de sentimientos más nobles como el honor o el amor. Siendo así que los miembros de la Comisión habían considerado que este tema podía tratarse en el marco del proyecto de artículo 14, referente a las circunstancias eximentes y atenuantes, el Relator Especial había pedido que se suprimiera el artículo 4 tanto más cuanto que, en su forma actual, ese artículo era desorientador, complicado y superfluo.

198. Se había afirmado que el proyecto de artículo 5 era incompleto y el Relator Especial confirmaba que el artículo se limitaba a los crímenes cometidos por los representantes de un Estado. En general, cuando un agente del Estado cometía un acto ilícito se consideraba que el Estado era responsable. Algunos miembros pensaban que el Estado no siempre lo era porque ciertos individuos cometían actos independientemente del Estado. Eso era cierto, pero el Relator Especial pensaba en los autores de un crimen que en una u otra forma tuvieran algún vínculo con el Estado. Podía ocurrir que unas personas cometiesen crímenes internacionales muy graves sin tener ningún vínculo aparente con un Estado. Ciertos grupos terroristas, por ejemplo, podían no tener ningún vínculo visible con un Estado. No por ello dejaba de ser cierto que, incluso en ese caso, podían exigirse al Estado ciertas obligaciones particulares: los terroristas no actuaban en el vacío. Resultaba difícil imaginar que unos grupos terroristas presentes en un Estado pudiesen cometer crímenes graves en otro Estado sin que estuviese implicado el primer Estado. El Estado que tenía un buen sistema de seguridad no podía ignorar la presencia en su territorio de grupos terroristas que propiciaban crímenes contra el territorio de otro Estado. El artículo 7 del proyecto de declaración sobre los derechos y deberes de los Estados[156] establecía que todo Estado tenía el deber de velar por que las condiciones que prevalecían en su territorio no amenazasen la paz ni el orden internacionales. Cada vez que se cometía un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad había detrás de ese crimen un Estado que lo permitía, bien por su negligencia, bien por su complicidad. En cualquier caso, el Relator Especial

[156] Aprobado por la Comisión en su primer período de sesiones, en 1949; véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10* (A/925), págs. 8 y ss.

indicó que convenía mantener el proyecto de artículo 5 en su forma actual ya que únicamente establecía la responsabilidad de los Estados por los actos de sus agentes.

199. El Relator Especial agregó que continuamente se sacaba a relucir, aun cuando no correspondía, la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. El proyecto de artículo 5 se refería a la responsabilidad de los Estados por los actos cometidos por sus agentes y de ello algunos miembros de la Comisión habían creído que podía deducirse que ese artículo planteaba el problema de la responsabilidad penal de los Estados. Por razones que había aducido en varias ocasiones, el Relator Especial no era partidario de la responsabilidad penal de los Estados. Además, ni el texto del proyecto de artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados ni su comentario[157] mencionaban la responsabilidad penal de los Estados. El Relator Especial no veía cómo un Estado podría incurrir en responsabilidad penal. Las sanciones impuestas a un Estado eran un asunto totalmente distinto porque eran de naturaleza política y las imponían unos órganos políticos, como en el caso de los embargos decretados por el Consejo de Seguridad o las sanciones políticas adoptadas por un Estado vencedor contra el Estado vencido. En resumen, la responsabilidad de los Estados tal como se desprendía del proyecto de artículo 5 era internacional pero no penal.

200. El Relator Especial señaló que, en principio, la obligación de juzgar o de conceder la extradición, enunciada en el proyecto de artículo 6, se fundaba en el principio de la jurisdicción universal, principio que la Comisión no podía dejar de lado, tanto más cuanto que en esa época no se le había dado aún ningún mandato de elaborar un proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional. Ese mandato se le había dado mucho más tarde. Cuando se cometía un crimen de gravedad excepcional que vulneraba los intereses fundamentales de la humanidad todos los Estados estaban afectados. El párrafo 2 del artículo 6 tenía por objeto prever los casos en que varios Estados desearan juzgar al autor de un crimen de esa índole. Sin embargo, en el párrafo 3 se preveía la creación ulterior de un tribunal penal internacional cuya competencia prevalecería en caso de conflicto de jurisdicción con un Estado. Por lo que se refería a la extradición, no se había fijado ningún orden de prioridad, pero el Comité de Redacción había dado un lugar preferente al Estado en cuyo territorio se cometiera el crimen, sin excluir la posibilidad de crear un tribunal penal internacional.

201. Respecto del proyecto de artículo 7, relativo a la imprescriptibilidad, el Relator Especial señaló que se habían registrado divergencias de opiniones en la Comisión. Para unos, la imprescriptibilidad absoluta sería demasiado rigurosa y podía excluir la amnistía y la reconciliación nacional. Para otros, la gravedad de los crímenes considerados excluía necesariamente toda prescripción. Por su parte, el Relator Especial creía que la Comisión no debería tomar ninguna posición antes de que se concluyera la redacción del código. Ya había explicado en informes anteriores por qué prefería limitar al mínimo estrictamente necesario el número de crímenes incluidos en el código. Una vez que se hubiesen determinado los crímenes propiamente dichos, la Comisión podría decidir si serían o no objeto de prescripción. Indicó, a título de ejemplo, que el código en su versión actual mencionaba la amenaza de agresión y los crímenes que se referían al medio ambiente. Por muy graves que fueran, no se veía bien por qué esos crímenes deberían ser imprescriptibles.

202. El Relator Especial subrayó que, respecto del proyecto de artículo 8, los miembros de la Comisión coincidían en que era menester reconocer al acusado el beneficio de las garantías judiciales. Se había sugerido que, además del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos[158], el proyecto tuviese en cuenta también a los instrumentos regionales. Por su parte, el Relator Especial no era de ese parecer. Al elaborar un instrumento internacional convenía basarse en documentos de alcance universal y no en textos regionales.

203. El Relator Especial indicó que en el proyecto de artículo 9 se transponía en el derecho internacional la regla *non bis in idem*, que era esencialmente una norma de derecho interno. En el plano interno no se planteaba ningún problema ya que las jurisdicciones nacionales debían acatar la norma establecida por sus legislaciones internas. En cambio, en el marco del derecho internacional surgían algunas dificultades a causa de la ausencia de autoridad supranacional capaz de imponer sus decisiones a los Estados. Por ello se había introducido esta regla de manera gradual en el derecho internacional, primero a nivel regional, mediante tratados o acuerdos celebrados entre varios Estados en los que se preveía que la decisión dictada en un Estado tenía efectos legales en otro Estado, y después en el ámbito universal, por medio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el proyecto de código no podían ignorarse ahora las cuestiones importantes que suscitaba esta regla. En el Comité de Redacción se habían manifestado dos escuelas de pensamiento contrapuestas. Unos miembros, considerando que la regla era tan importante que equivalía a un derecho subjetivo de la persona, eran firmes partidarios de que se introdujera en el código. Otros se oponían a ello, por razones prácticas: aducían que un individuo podría eludir la aplicación de esa norma, por ejemplo refugiándose en un Estado vecino con el que tuviese afinidades políticas y cuyos tribunales serían probablemente más propensos a la indulgencia. El principio de la regla *non bis in idem* impediría que ese individuo fuese juzgado en otro Estado en que los tribunales fuesen más severos. El Relator Especial indicó que, en vista de esa divergencia de opiniones, había sido necesario hallar una fórmula de transacción y esa fórmula era la que se reflejaba en el proyecto de artículo 9, que comenzaba enunciando la norma general y preveía a continuación dos excepciones, en los apartados *a* y *b* del párrafo 4. Por lo demás, podría pensarse en una tercera excepción, la del error de tipificación en el caso, por ejemplo, de que una persona hubiese sido juzgada por homicidio y se descubriera posteriormente que su móvil real había sido el genocidio. En lo que hacía a la palabra «imparcial» que figuraba en el apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de artículo 9 re-

[157] Véase nota 127 *supra*.

[158] Véase nota 143 *supra*.

visado y que también aparecía en el Estatuto del Tribunal Internacional[159], el Relator Especial reconocía que, en ese contexto, la palabra no se empleaba con propiedad en la medida en que un Estado no podía enjuiciar la imparcialidad de otro Estado, por lo menos en teoría.

204. El Relator Especial indicó que el proyecto de artículo 10 había sido bien acogido en general.

205. Por lo que se refería al proyecto de artículo 11, el Relator Especial indicó que difería muy poco de los Principios de Nuremberg[160], en los que estaba basado el proyecto de artículo. Este sólo planteaba un problema: si bien era cierto que, por regla general, una persona no podía invocar la orden de un gobierno o de un superior jerárquico para eximirse de responsabilidad penal, todo dependía, sin embargo, de la naturaleza de la orden. Algunas órdenes eran tan manifiestamente ilegales que cualquiera que las cumpliera incurriría en responsabilidad penal. Ahora bien, tal no era siempre el caso. Un soldado raso, por ejemplo, tendría enormes dificultades para saber si la orden que se le daba se ajustaba a las normas del derecho internacional humanitario. Con todo, la cuestión podía dilucidarse en el comentario.

206. El Relator Especial reconocía que la nueva redacción que proponía para el proyecto de artículo 14 era sumamente breve. Quizás habría sido mejor hablar, por una parte, de la legítima defensa, que era, en efecto, una circunstancia eximente, y, por otra, de la coerción y del estado de necesidad, que no eran circunstancias eximentes sino elementos atenuantes de la responsabilidad del autor de un delito pero que no por ello hacían desaparecer el carácter delictivo del acto en sí. Se reconocía muy generalmente, y también se desprendía muy claramente de la primera parte del proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados[161], que la legítima defensa excluía la ilicitud. El Relator Especial sólo había querido decir que, si un Estado acusado de haber cometido un acto de agresión invocaba la legítima defensa, y si este argumento era aceptado, la ilicitud del acto quedaría excluida y, por consiguiente, los dirigentes del Estado que hubiese ordenado la realización del acto no podrían ser juzgados por agresión. No había querido dar a entender que se podía responder a una agresión con un genocidio.

207. El Relator Especial indicó que, en cambio, la coerción no excluía la ilicitud, pero podía tomarse en consideración para descartar la responsabilidad penal. El estado de necesidad difería de la coerción por cuanto comportaba un elemento de elección. La abundante jurisprudencia citada por el Relator Especial en su cuarto informe[162] demostraba también que la coerción y el estado de necesidad podían tomarse en consideración para descartar o atenuar la responsabilidad y abonaba, por consiguiente, la inclusión de esas circunstancias en el proyecto de código.

208. En cuanto a las circunstancias atenuantes que eran objeto de un nuevo proyecto de artículo 15, el Relator Especial indicó que, aunque nada obligaba a incluir una disposición sobre esta materia en el proyecto de código, se admitía generalmente que los tribunales estaban facultados para examinar toda circunstancia —personal, familiar o de otra índole— que aliviaba la responsabilidad del acusado. Como indicaba en su duodécimo informe, no creía que fuese oportuno tratar de las circunstancias agravantes ya que los crímenes a los que se refería el código eran los más graves entre los más graves y resultaba difícil pensar en circunstancias que agravasen aún más la responsabilidad. Ello no obstante, si la Comisión consideraba que era preciso dedicarles una disposición del código, no cabía duda de que el Comité de Redacción estaría dispuesto a tratar la cuestión.

209. Por lo que hacía a la solución de controversias, el Relator Especial manifestó que estaba naturalmente dispuesto a presentar un proyecto de artículo al respecto. Al final del debate, la Comisión decidió que los trabajos sobre el proyecto de código y sobre el proyecto de estatuto serían coordinados por el Relator Especial, los Presidentes y los miembros del Comité de Redacción y del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y que los proyectos de artículos se remitirían al Comité de Redacción.

[159] Véase nota 56 *supra*.

[160] Véase nota 24 *supra*.

[161] Véase nota 136 *supra*.

[162] Véase nota 29 *supra*.

Capítulo III

EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

A.—Introducción[163]

210. La Comisión incluyó el tema titulado «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación» en el programa de trabajo de su 23.° período de sesiones (1971), en cumplimiento de la recomendación formulada por la Asamblea General en su resolución 2669 (XXV) de 8 de diciembre de 1970.

211. La labor iniciada por los Relatores Especiales, Sr. Richard D. Kearney, Sr. Stephen M. Schwebel, Sr. Jens Evensen y Sr. Stephen C. McCaffrey, fue continuada por el Sr. Robert Rosenstock, nombrado Relator Especial del tema por la Comisión en su 44.° período de sesiones en 1992[164].

212. En su 43.° período de sesiones, la Comisión aprobó en primera lectura todo el proyecto de artículos sobre el tema[165], que se transmitió, de conformidad con los artículos 16 y 21 del Estatuto de la Comisión, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan sus comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General el 1.° de enero de 1993 a más tardar.

213. En su 45.° período de sesiones, la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial[166]. La Comisión también tuvo ante sí los comentarios y observaciones sobre los proyectos de artículos recibidos de los gobiernos[167].

214. Al concluir el debate, la Comisión, en su 2316.ª sesión, remitió los artículos 1 a 10 al Comité de Redacción[168].

215. En su 2322.ª sesión, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción[169]. El informe contenía el texto de los artículos aprobados por el Comité en segunda lectura, a saber: los artículos 1 a 6 y 8 a 10. La Comisión decidió aplazar la decisión sobre los proyectos de artículos propuestos hasta el próximo período de sesiones[170].

216. En el actual período de sesiones, la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (E/CN.4/462 y Corr.1 en español solamente) en sus sesiones 2334.ª a 2339.ª. El segundo informe contenía propuestas expresas para: la supresión de la frase «y fluyen a un término común» en el artículo 2 del proyecto de artículos; la inclusión en el proyecto de artículos de las aguas subterráneas confinadas «no relacionadas con un curso de agua internacional»; la inclusión de un nuevo párrafo *b* al artículo 16 para limitar el perjuicio causado a un Estado notificante derivado exclusivamente de la omisión del Estado notificado de responder a la notificación prevista en los artículos 12 y 13 del proyecto de artículos; la adición de las palabras «fuentes de energía» al párrafo 3 del artículo 21; y la inclusión de un nuevo artículo 33 relativo a la solución de controversias.

217. En la 2339.ª sesión, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos incluidos en el segundo informe. La Comisión invitó al Comité de Redacción a continuar el examen de los proyectos de artículos, sin las enmiendas introducidas por el Relator Especial con respecto a las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie, y a presentar sugerencias a la Comisión sobre la manera de proceder con respecto a la cuestión de dichas aguas.

218. El informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.492 y Add.1) fue presentado a la Comisión por su Presidente en la 2353.ª sesión. La Comisión examinó el informe en las sesiones 2353.ª a 2356.ª. Sobre la base de ese informe, la Comisión adoptó el texto final de una serie de 33 proyectos de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y una resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas. De conformidad con su Estatuto, la Comisión presenta el proyecto de artículos y la resolución a la Asamblea General junto con una recomendación que se incluye a continuación.

---

[163] Véase una exposición más completa de los antecedentes, así como una relación más detallada de la labor de la Comisión sobre este tema, en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), párrs. 268 a 278; *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), párrs. 621 a 635; *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párrs. 34 a 37, y *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, párrs. 340 a 343.

[164] Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), doc. A/47/10, párr. 350.

[165] Para los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 71 a 75.

[166] *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/451.

[167] *Ibid.*, doc. A/CN.4/447 y Add.1 a 3.

[168] Véase *Anuario... 1993*, vol. I, 2316.ª sesión, párr. 87.

[169] Doc. A/CN.4/L.489.

[170] Véase *Anuario... 1993*, vol. I, 2332.ª sesión, párr. 14.

B.—Recomendación de la Comisión

219. La Comisión decidió recomendar a la Asamblea General el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas. La Comisión recomienda que la Asamblea General o una conferencia internacional de plenipotenciarios elabore una convención sobre la base del proyecto de artículos.

C.—Homenaje al Relator Especial, Sr. Robert Rosenstock

220. En su 2356.ª sesión, la Comisión, tras adoptar el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas, aprobó por aclamación la siguiente resolución:

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo aprobado el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas,

Desea expresar al Relator Especial, Sr Robert Rosenstock, su hondo agradecimiento y cordial felicitación por la destacada contribución que ha aportado a la preparación del proyecto mediante sus esfuerzos incansables y abnegada labor, y por los resultados alcanzados en la elaboración del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas.

221. La Comisión expresó también su profundo agradecimiento a los anteriores Relatores Especiales: el Sr. Richard D. Kearney, el Sr. Stephen M. Schwebel, el Sr. Jens Evensen y el Sr. Stephen C. McCaffrey, por su destacada contribución a la labor sobre este tema.

D.—Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas

222. El texto de los artículos 1 a 33 del proyecto y sus comentarios así como la resolución, en su forma aprobada finalmente por la Comisión en su 46.° período de sesiones, se reproducen a continuación.

PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos

1. Los presentes artículos se aplican a los usos de los cursos de agua internacionales y de sus aguas para fines distintos de la navegación y a las medidas de conservación y gestión relacionadas con los usos de esos cursos de agua y de sus aguas.

2. El uso de los cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos salvo en la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta.

Comentario

1) La palabra «usos», empleada en el artículo 1 del *párrafo 1*, procede del título del tema y tiene que interpretarse en un sentido amplio, de modo que abarque todos los usos de un curso de agua internacional, salvo la navegación, como se desprende de la frase «para fines distintos de la navegación».

2) Más de una vez se ha preguntado si la expresión «curso de agua internacional» se refiere sólo al cauce mismo o comprende también las aguas que fluyen por ese cauce. Con objeto de disipar cualquier duda, el párrafo 1 añade las palabras «y de sus aguas» a la expresión «cursos de agua internacionales». En el párrafo 1 se utiliza la fórmula «cursos de agua internacionales y de sus aguas» para señalar que los artículos se aplican tanto a los usos del propio curso de agua como a los usos de sus aguas, siempre que haya alguna diferencia entre ambos. Debe entenderse que, en los artículos siguientes, las referencias al curso de agua internacional abarcan las aguas de ese curso de agua. Por último, los presentes artículos se aplicarán a los usos no sólo de las aguas que efectivamente contiene el curso de agua sino también de las que se desvíen del curso de agua.

3) La referencia a las «medidas de conservación y gestión» pretende abarcar no sólo las medidas adoptadas para hacer frente a la degradación de la calidad del agua, en particular la provocada por los usos que dan lugar a contaminación, sino también las dirigidas a resolver otros problemas de los cursos de agua, como las relativas a la protección de los recursos vivos, las medidas contra las crecidas, la erosión, la sedimentación y la intrusión de agua salada. Se recordará que en el cuestionario enviado a los Estados sobre este tema[171] se preguntaba si se debían considerar problemas como éstos y que en la mayoría de las respuestas se contestaba afirmativamente y se mencionaban los problemas específicos que se acaban de señalar. La expresión «medidas de conservación y gestión» comprende también las diversas formas de cooperación, institucionalizada o no, relativa a la utilización, el aprovechamiento, la conservación y la gestión de los cursos de agua internacionales y el fomento de su utilización óptima.

4) En el *párrafo 2* del artículo 1 se reconoce que no se puede excluir totalmente del ámbito de aplicación de los artículos el uso de las aguas para la navegación. Como se indica en las respuestas de los Estados al cuestionario de la Comisión y como se desprende de la realidad de los

[171] El texto definitivo del cuestionario enviado a los Estados Miembros se reproduce en *Anuario 1976*, vol II (primera parte), págs 164 y 165, documento A/CN 4/294 y Add 1, párr 6, véase también *Anuario 1984*, vol II (segunda parte), párr 262

hechos en los usos de las aguas, los artículos tienen que regular tanto las repercusiones de la navegación sobre otros usos de las aguas como las de otros usos de las aguas sobre la navegación. Las exigencias de la navegación influyen en la cantidad y la calidad de las aguas disponibles para otros usos. La navegación puede contaminar y, de hecho, contamina a menudo los cursos de agua, requiere que se mantengan ciertos niveles de agua y necesita pasar a través o rodear las barreras existentes en los cursos de agua. Las relaciones entre el uso de los cursos de agua para la navegación y los usos para fines distintos de la navegación son tantas que, en cualquier curso de agua en que ya se navegue o en que se vaya a iniciar la navegación, los ingenieros y los encargados del aprovechamiento del curso de agua no pueden separar las exigencias y los efectos de la navegación, por una parte, y las exigencias y los efectos de otros usos de las aguas, por otra. El párrafo 2 del artículo 1 se ha redactado en consecuencia. Sin embargo, se ha formulado en forma negativa a fin de poner de relieve que el uso de las aguas para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los artículos salvo en la medida en que otros usos de las aguas afecten la navegación o resulten afectados por ésta.

5) A juicio de un miembro, en ausencia de criterios homogéneos de identificación, los usos de un curso de agua internacional para fines distintos de la navegación podrían identificarse con arreglo a tres criterios: su naturaleza (industrial, económica o privada), el carácter técnico de la obra o de los medios utilizados y la vinculación de tal empresa a la jurisdicción o el control de un Estado del curso del agua.

Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

***a*) Se entiende por «curso de agua internacional» un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;**

***b*) Se entiende por «curso de agua» un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a un término común;**

***c*) Se entiende por «Estado del curso de agua» un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional.**

Comentario

1) En el artículo 2 se definen ciertos términos que se utilizan en todo el proyecto de artículos. Otros términos que sólo se emplean en un artículo determinado se definen en ese mismo artículo.

2) En el *apartado* a se define el término «curso de agua internacional», que se emplea en el título del tema y en todo el proyecto de artículos. El elemento esencial en este párrafo es el adjetivo «internacional», dado que el término «curso de agua» está definido en el apartado *b*. Con arreglo a lo dispuesto en el apartado *a*, para que un curso de agua se considere «internacional» es necesario que algunas de sus partes se encuentren en Estados distintos. Como se señala *infra* en el comentario al apartado *c* del presente artículo, la cuestión de saber si algunas partes de un curso de agua se encuentran en Estados distintos «depende de factores físicos, cuya existencia se puede determinar en la gran mayoría de los casos por simple observación». Los ejemplos más comunes serían los de un río o caudal que constituya una frontera o la cruce o de un lago a través del cual pase la línea fronteriza. La utilización de las palabras «se encuentran» no significa que las aguas sean estáticas. Como se desprende de la definición de «curso de agua» que figura en el apartado *b*, si bien el canal, el lecho del lago o el acuífero que contienen las aguas son por naturaleza estacionarios, las aguas están constantemente en movimiento.

3) En el *apartado* b se define el término «curso de agua». Aunque en el proyecto de artículos este término sólo se utiliza juntamente con otros (por ejemplo «curso de agua internacional», «Estado del curso de agua» y «acuerdos de curso de agua»), en aras de la claridad y de la precisión se ha preferido definirlo separadamente. Dado que, según la definición del apartado *a*, el «curso de agua internacional» es un «curso de agua» que posee determinadas características geográficas, es necesario entender claramente el significado de la expresión «curso de agua».

4) Por «curso de agua» se entiende un «sistema de aguas de superficie y subterráneas». En la versión en inglés, para asegurar la uniformidad de los términos empleados en todo el comentario y seguir mejor el uso contemporáneo, la expresión *underground waters* empleada en la primera lectura ha sido reemplazada por *groundwaters* en el texto adoptado. Con ello se hace referencia a un sistema hidrológico integrado por varios componentes diferentes a través de los cuales fluyen las aguas tanto de superficie como subterráneas. Esos componentes abarcan ríos, lagos, acuíferos, glaciares, embalses y canales. En la medida en que están interrelacionados, esos componentes forman parte de un curso de agua. Ésta es la idea que se expresa en la oración «aguas... que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario». Así, parte de las aguas de un caudal pueden infiltrarse por debajo de su lecho, extendiéndose más allá de las riberas del caudal, para volver a emerger en él, fluir a un lago que desagua en un río, ser desviadas por un canal hacia un embalse, etc. Como las aguas de superficie y subterráneas forman un sistema y, en virtud de su relación física, constituyen un todo unitario, la intervención humana en un punto del sistema puede tener repercusiones en cualquier otro punto. Otra consecuencia del carácter unitario del sistema es que el término «curso de agua» no abarca las aguas subterráneas «confinadas», esto es, las que no guardan ninguna relación con aguas superficiales. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión consideraron que esas aguas debían quedar incluidas en el término «curso de agua» siempre que una frontera atravesara el acuífero en el que se encontrasen. También se indicó que la Comisión podría estudiar por separado las aguas subterráneas confinadas con miras a la preparación de proyectos de artículos.

5) Algunos miembros de la Comisión expresaron dudas en cuanto a la inclusión de los canales entre los componentes de los cursos de agua, ya que, en su opinión, el

proyecto se había elaborado sobre la base de que un «curso de agua» era un fenómeno natural.

6) Para que un sistema de aguas superficiales y subterráneas constituya un «curso de agua» a los fines del proyecto de artículos, el apartado *b* exige también que las aguas de ese sistema fluyan normalmente a un «término común». Se ha modificado la frase «y fluyen a un término común» agregándole el adverbio «normalmente». Este cambio representa una transacción destinada, no a ampliar el alcance geográfico del proyecto de artículos, sino a colmar la distancia que separa a quienes pedían la supresión pura y simple de la expresión «término común», alegando, entre otros argumentos, que es errónea, amén de engañosa, desde el punto de vista hidrográfico, y excluiría ciertas aguas importantes, por una parte, y quienes insistían en que se mantuviese el concepto de término común para fijar ciertos límites al ámbito geográfico de los artículos, por otra. Así, por ejemplo, el hecho de que dos cuencas de drenaje diferentes estén conectadas por un canal no bastaría para considerarlas parte de un solo «curso de agua» a efectos de los artículos. Tampoco cabe considerar que el Danubio y el Rin forman un solo sistema por el mero hecho de que en ciertas épocas del año las aguas fluyen por vía subterránea del Danubio al Rin a través del lago de Constanza. El sentido común y la razón práctica exigen que el Danubio y el Rin sigan considerándose conjuntos unitarios separados. Con la frase modificada por la palabra «normalmente» se intenta reflejar los conocimientos hidrográficos modernos en cuanto a la complejidad del movimiento de las aguas y tener en cuenta las particularidades de casos concretos como los del Río Grande, el Irawaddy, el Mekong y el Nilo. Todos los ríos que acaban de mencionarse, si bien forman «un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario», fluyen hacia el mar, en todo o en parte, por vía subterránea, con una serie de ramificaciones que pueden distar hasta 300 km (deltas) unas de otras, o desaguan en lagos en ciertas épocas del año y en el mar en otras.

7) Como ya se ha indicado, la definición del «Estado del curso de agua», contenida anteriormente en el artículo 3, se ha trasladado sin modificaciones al apartado *c* del artículo 2. Este cambio tiene por objeto agrupar en un solo artículo sobre términos empleados la definición de expresiones que aparecen a todo lo largo del proyecto de artículos.

8) El concepto de «sistema de cursos de aguas» no es nuevo. La expresión se ha venido usando desde hace mucho tiempo en convenios internacionales para referirse a un río, sus tributarios y los canales relacionados con ellos. El Tratado de Versalles contiene varias referencias a los «sistemas fluviales». Por ejemplo, al declarar «internacionales» diversos ríos, el Tratado se refiere a

> [...] todas las partes navegables de estos sistemas fluviales [...] junto con los canales y cauces laterales construidos bien para duplicar o para mejorar los sectores naturalmente navegables de los sistemas fluviales especificados, o bien para poner en comunicación dos sectores naturalmente navegables de un mismo río[172].

Si bien el artículo citado se refiere a la navegación, no hay duda de que el uso equitativo podría ser afectado, o de que podría causarse un daño significativo, por medio del mismo sistema de aguas en virtud de su propia interconexión. También en el caso del Oder, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que el régimen internacional de dicho río comprendía, con arreglo al Tratado de Versalles,

> [...] todas las partes navegables de estos sistemas fluviales [...] junto con los canales y cauces laterales construidos bien para duplicar o para mejorar los sectores naturalmente navegables de los sistemas fluviales especificados[173].

9) Disposiciones análogas a las del Tratado de Versalles pueden encontrarse en el Convenio de 1921 en que se fija el estatuto definitivo del Danubio. Dicho Convenio alude en su artículo 1 al «sistema fluvial internacionalizado», que comprende, según el artículo 2, los «canales laterales o las vías fluviales que se pueden construir».

10) Más recientemente, el Convenio de 1950 entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Hungría se refiere en sus artículos 1 y 2 a «los sistemas hídricos de la cuenca fluvial del Tisza»[174]. Una serie de tratados celebrados entre Yugoslavia y sus vecinos a mediados del decenio de 1950[175] incluyen en su ámbito, entre otras cosas, los «cursos de agua y sistemas hídricos» y, en particular, «las aguas subterráneas»[176]. Dos de esos tratados contienen una amplia definición de la expresión «sistema hídrico», la cual comprende «todos los cursos de agua (superficiales o subterráneos, naturales o artificiales)»[177].

11) El Tratado relativo a las aguas del Indo de 1960, entre la India y el Pakistán, utiliza también el concepto de sistema. En el preámbulo las partes declaran su «deseo de utilizar en la forma más completa y satisfactoria las aguas del sistema fluvial del Indo...»[178]. El Tratado es aplicable a los ríos designados, sus tributarios y los lagos que los conectan[179], y define en forma lata el término «tributario»[180].

---

[172] Tratado de Versalles, art. 331. Véase también, por ejemplo, el artículo 362, que hace referencia al «sistema fluvial renano».

[173] *Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, fallo de 10 de septiembre de 1929, *C.P.J.I., serie A, N.° 23.*

[174] Convenio entre la Unión Soviética y Hungría sobre medidas para prevenir inundaciones y regular el régimen hidrológico en la frontera soviético-húngara en la zona del río fronterizo Tisza, de 9 de junio de 1950. Naciones Unidas, *Textes législatifs...* Tratado N.° 227, pág. 827.

[175] *Textes législatives...* Tratados N.ºs 228 (con Hungría), 128 (con Albania) y 161 (con Bulgaria). Véanse también el Acuerdo de 1964 celebrado entre Polonia y la Unión Soviética, relativo a la hidroeconomía de las aguas fronterizas (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 552, pág. 175, art. 2, párr. 3); la Convención de 1972 entre Italia y Suiza relativa a la protección de las aguas ítalo-suizas contra la contaminación (*Revue générale de droit international*, t. LXXIX, 1975, pág. 265) y el Acuerdo entre Finlandia y Suecia relativo a los ríos fronterizos, de 16 de setiembre de 1971 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 825, pág. 191, cap. 3, art. 1).

[176] *Textes législatifs...* Tratados N.ºs 228, 128 y 161.

[177] *Ibid.*, Tratados N.ºs 128 y 228, art. 1, párr. 3.

[178] Tratado de 19 de septiembre de 1960, entre la India y el Pakistán, relativo a las aguas del Indo (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 419, pág. 125).

[179] *Ibid.*, art. 1, párrs. 3 y 8.

[180] *Ibid.*, art. 1, párr. 2.

12) Entre los tratados más modernos, el Acuerdo relativo al Plan de Acción para la ordenación ambientalmente racional del sistema fluvial común del Zambeze y el Plan de Acción anexo[181] merecen destacarse por su enfoque global de la ordenación internacional de los recursos hídricos. Por ejemplo, el Plan de Acción declara que su objetivo es la supresión de ciertos problemas que enumera, «promoviendo así la elaboración y ejecución de una ordenación ambientalmente racional de los recursos hídricos en todo el sistema fluvial»[182]. Varios otros tratados muestran asimismo que los Estados reconocen la importancia de tratar a los sistemas y cursos de agua internacionales de manera integral[183]. Y a conclusiones semejantes han llegado las organizaciones internacionales y los expertos[184].

13) En el *apartado* c se define la expresión «Estados del curso de agua», expresión que se utilizará constantemente en los presentes artículos.

14) La definición enunciada en el apartado *c* se basa en un criterio geográfico, a saber el hecho material de que «parte de un curso de agua internacional», en el sentido en que se define esa expresión en el artículo 2, se encuentra en el Estado de que se trate. La cuestión de si ese criterio ha sido satisfecho depende de factores físicos, cuya existencia puede determinarse en la gran mayoría de los casos por simple observación.

Artículo 3.—Acuerdos de curso de agua

1. Los Estados del curso de agua podrán celebrar uno o varios acuerdos, en adelante denominados «acuerdos de curso de agua», que apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese curso de agua.

2. Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique. Dicho acuerdo podrá celebrarse respecto de la totalidad de un curso de agua internacional o respecto de cualquiera de sus partes o de un proyecto, programa o uso particular, siempre que el acuerdo no menoscabe de manera sensible el uso de las aguas del curso de agua por otro Estado u otros Estados del curso de agua.

3. Si un Estado del curso de agua considera que las características y usos de un curso de agua internacional determinado requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, los Estados del curso de agua celebrarán consultas con el propósito de negociar de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos de curso de agua.

Comentario

1) La Comisión, desde las primeras etapas de su examen del tema, ha reconocido la diversidad que caracteriza los diferentes cursos de agua y la dificultad consiguiente de formular principios generales que puedan aplicarse universalmente a los diversos cursos de agua

---

[181] PNUMA, Acuerdo relativo al Plan de Acción para la ordenación ambientalmente racional del sistema fluvial común del Zambeze, Acta Final, Harare, 26 a 28 de mayo de 1987 (Naciones Unidas, 1987), reproducido en ILM, vol XXVII, N.º 5, setiembre de 1988, pág 1109.

[182] *Ibid*, Plan de Acción, párr 15

[183] Entre los acuerdos concertados a este respecto figuran el Acta de 1963 relativa a la Navegación y la Cooperación Económica entre los Estados de la cuenca del Níger Véanse también la Convención de 21 de noviembre de 1980 por la que se crea la Autoridad de la cuenca del Níger; la Convención y los Estatutos de 1964 relativos al desarrollo de la cuenca del Chad, la Convención de 1978 relativa a la creación de la Organización de aprovechamiento de la cuenca del Gambia; el Tratado de 1969 sobre la cuenca del Río de la Plata, el Tratado relativo al aprovechamiento en cooperación de los recursos hídricos de la cuenca del Columbia, de 17 de enero de 1961, entre el Canadá y los Estados Unidos (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 542, pág 245); y el Canje de Notas de 1944 relativo a un estudio sobre la utilización de las aguas de la cuenca del Columbia (*ibid*, vol 109, pág 191) Es interesante observar que al menos uno de los Estados a través de cuyo territorio fluye el río Columbia ha utilizado el término «sistema» para referirse a los cursos de agua internacionales Véase «Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to the Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909», memorándum del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, 85.º Congreso, segunda sesión, documento N.º 118, Washington (D C), 1958, pág. 89

[184] Los trabajos de la CEPE siguen por lo general el mismo criterio Véanse, por ejemplo, la Declaración sobre política de utilización racional del agua, adoptada por la CEPE en 1984 [CEPE, *Deux décennies de coopération dans le domaine de l'eau*, doc ECE/ENVWA/2 (1988), pág 16], y otros instrumentos contenidos en esa publicación En una serie de reuniones celebradas con los auspicios de las Naciones Unidas se han aprobado recomendaciones instando a que los cursos de agua internacionales sean tratados como un conjunto unitario Véanse, por ejemplo, las Recomendaciones aprobadas en la Reunión Interregional sobre el Aprovechamiento de las Cuencas Fluviales y Lacustres (Naciones Unidas), con especial atención a la Región de África [*Aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres*, Recursos Naturales/Serie del agua, N.º 20 (1990) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 90 II A 10), págs 19 y ss] La resolución de Nueva York, adoptada en 1958 por la Asociación de Derecho Internacional, contiene el «principio de derecho internacional» de que «un sistema de ríos y lagos en una cuenca hidrográfica debe ser tratado como un todo integral (y no de modo fragmentario)» (ADI, *Report of the Forty-Eighth Conference, Nueva York, 1958*, Londres, 1959, anexo II, pág 99, «Agreed Principles of International Law», principio 1) Las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales (denominadas en lo sucesivo «las Normas de Helsinki»), adoptadas por la ADI en 1966, utilizan en el comentario *a* al artículo II la expresión «sistema hidrográfico» al definir el término «cuenca hidrográfica internacional» (ILA, *Report of the Fifty Second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, págs 484 y ss, reproducido en parte en el documento A/CN 4/274, párr 405) Véanse también el artículo I de la resolución de Salzburgo de 1961, relativa al uso de las aguas internacionales no marítimas (aparte de la navegación), aprobada por el Instituto de Derecho Internacional («una cuenca hidrográfica que se encuentra en territorio de dos o más Estados») [*Annuaire de l'Institut de droit international* (Basilea), vol 49, t II (1961), págs 370 a 373], y la resolución de Atenas aprobada por el mismo Instituto en 1979, relativa a la contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional (*ibid*, vol 58, t II, 1980, pág 196) Un grupo de juristas, la Federación Interamericana de Abogados, aprobó en 1957 una resolución donde se decía que «todo curso de agua o sistema de ríos o lagos [ ] que atraviese o divida los territorios de dos o más Estados, dicho sistema se llamará en adelante "sistema de aguas internacionales"» [Federación Interamericana de Abogados, *Actuaciones de la Décima Conferencia realizada en Buenos Aires del 14 al 21 de noviembre de 1957*, 2 vols, Buenos Aires, 1958, reproducida en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pág 221, documento A/5409, párr 1092] La necesidad de regular y aprovechar los cursos de agua internacionales como conjuntos unitarios ha sido asimismo reconocida por expertos como H A Smith, en *The Economic Uses of International Rivers*, P S King and Sons, Londres, 1931, págs 150 y 151, James Brierly, en *The Law of Nations*, 6.ª ed, H Waldock, ed, Clarendon Press, Oxford, 1963, pág 231, y J G Lammers, en *Pollution of International Watercourses*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1984, págs 19 y 20

de todo el mundo. Algunos Estados y ciertos autores han considerado esta general diversidad un verdadero obstáculo para el desarrollo progresivo y la codificación de la materia en el plano universal. Pero es evidente que la Asamblea General, que no ignora la diversidad de los cursos de agua, ha dado por supuesto, sin embargo, que el tema se prestaba para el cometido de la Comisión.

2) En el curso de sus trabajos sobre el presente tema, la Comisión ha elaborado una solución prometedora para el problema de la diversidad de los cursos de agua internacionales y de las necesidades humanas que éstos satisfacen: la de un acuerdo marco o básico que proporcione a los Estados partes los principios y reglas generales por los que se rigen los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, a falta de un acuerdo determinado entre los Estados interesados, y las pautas para la negociación de los futuros acuerdos. Este planteamiento reconoce que la mejor manera de lograr una utilización, protección y aprovechamiento óptimos de un curso de agua internacional determinado es la celebración de un acuerdo que se ajuste a las características de ese curso de agua y a las necesidades de los Estados interesados. Tiene en cuenta asimismo la dificultad, evidenciada por la historia, de alcanzar tales acuerdos respecto de cada curso de agua sin contar con principios jurídicos generales acerca de los usos de tales cursos de agua, principios que habrán de enunciarse en el acuerdo marco. Este planteamiento ha sido aprobado en líneas generales tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión de la Asamblea General[185].

3) Existen precedentes de este tipo de acuerdos básicos con respecto a los cursos de agua internacionales. Entre los primeros ejemplos cabe citar la Convención relativa a la ordenación de las fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados (Ginebra, 9 de diciembre de 1923) y el Tratado de la Cuenca del Río de la Plata (Brasilia, 23 de abril de 1969).

4) El *párrafo 1* del artículo 3 se refiere expresamente al método del acuerdo marco, con el cual los presentes artículos pueden adaptarse para que se ajusten a las necesidades de un curso de agua internacional determinado. Así, los «acuerdos de curso de agua», según se definen en este párrafo, son los acuerdos por los que se «apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese curso de agua». Con las palabras «apliquen y adapten» se quiere dar a entender que, si bien la Comisión prevé que los acuerdos relativos a un curso de agua internacional determinado tendrán en cuenta las disposiciones de los presentes artículos, ellas son fundamentalmente de carácter supletorio. Los Estados cuyos territorios abarquen un curso de agua internacional determinado conservarán, pues, su libertad no sólo para aplicar las disposiciones de los presentes artículos, sino también para adaptarlas a las características y usos particulares de ese curso de agua o de una parte de él.

5) El *párrafo 2* del artículo 3 aclara la naturaleza y el contenido de los «acuerdos de curso de agua», en el sentido en que se utiliza esta expresión en los presentes artículos, así como las condiciones en que pueden celebrarse tales acuerdos. La primera oración del párrafo, al establecer que todo acuerdo de esta índole «definirá las aguas a las que se aplique», hace hincapié en la libertad incontestable de los Estados del curso de agua para determinar el alcance de los acuerdos que celebren. Reconoce que los Estados del curso de agua pueden circunscribir su acuerdo a la corriente principal de un río que forma o atraviesa una frontera internacional, incluir en él las aguas de toda una cuenca hidrográfica o adoptar un criterio intermedio. El requisito de una definición también cumple la finalidad práctica de proporcionar a los demás Estados potencialmente interesados información sobre el contenido exacto del acuerdo. El comienzo de este párrafo subraya que no hay obligación de celebrar tales acuerdos expresos.

6) La segunda oración del párrafo 2 se refiere al contenido de los acuerdos de sistema o de curso de agua. Su enunciado es permisivo y da a los Estados del curso de agua un amplio margen de libertad, aunque se incluye una reserva para salvaguarda de los derechos de los Estados del curso de agua que no sean partes en el acuerdo. El texto empieza diciendo que dicho acuerdo «podrá celebrarse respecto de la totalidad de un curso de agua internacional». En realidad, en opinión de los especialistas en la materia, la forma más eficaz y provechosa de regular las cuestiones relacionadas con un curso de agua consiste en tratarlo en totalidad e incluir todos los Estados del curso de agua como partes en el acuerdo. Ejemplos de tratados que han adoptado este planteamiento son los relativos a las cuencas del Amazonas, el Río de la Plata, el Níger y el Chad[186]. Además, algunos problemas relacionados con la contaminación de un curso de agua requieren medidas de cooperación en todo el curso de agua. Como ejemplo de un instrumento que responde a la necesidad de aplicar un régimen uniforme a tales problemas se puede citar la Convención relativa a la protección del Rin contra la contaminación química[187].

7) No obstante, los Estados del sistema deben tener libertad para celebrar acuerdos «respecto de cualquiera de [las] partes» de un curso de agua internacional o de un proyecto, programa o uso particular, siempre que no se menoscabe de manera sensible el uso de las aguas del sistema del curso de agua internacional por otro Estado u otros Estados del sistema.

8) De las 200 grandes cuencas fluviales internacionales, 52 son cuencas compartidas por varios Estados y entre ellas se cuentan muchas de las más importantes del mundo: el Amazonas, el Chad, el Congo, el Danubio, el Elba, el Ganges, el Mekong, el Níger, el Nilo, el Rin, el Volta y el Zambeze[188]. En los sistemas compartidos por

[185] Véanse, a este respecto, las conclusiones contenidas en el comentario (párrs. 2 y 4) al artículo 3 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 32 ° período de sesiones [*Anuario . 1980*, vol II (segunda parte), pág. 109], en el informe de la Comisión sobre su 36 ° período de sesiones [*Anuario. . 1984*, vol. II (segunda parte), pág 92, párr. 285] y en el informe sobre su 38 ° período de sesiones [*Anuario... 1986*, vol II (segunda parte), párr 242]

[186] Véase el análisis de dichos acuerdos en el primer Informe del segundo Relator Especial, Sr. Schwebel [*Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 170 y 171, documento A/CN.4/320, párrs. 93 a 98].

[187] *Ibid.*, págs. 171 y 172, párr. 100.

[188] *Ibid.*, pág. 174, párr. 108 (cuadro).

varios Estados, éstos han recurrido frecuentemente a acuerdos que reglamentan sólo una parte del curso de agua y están en vigor sólo entre algunos de los Estados ribereños.

9) Del *Repertorio sistemático por cuenca de convenios, declaraciones, textos legislativos y jurisprudencia relativos a los recursos hídricos internacionales*, publicado por la FAO[189], se desprende que gran número de tratados en vigor respecto de cursos de agua versan sólo sobre una parte del sistema del curso de agua.

10) A menudo hay necesidad de acuerdos sobre subsistemas y acuerdos relativos a zonas determinadas. Las diferencias entre los subsistemas de algunos cursos de agua internacionales, como el Indo, el Río de la Plata y el Níger, son tan marcadas como las que existen entre distintas cuencas hidrográficas. Es probable que sea más fácil lograr acuerdos sobre subsistemas que acuerdos sobre la totalidad de un curso de agua internacional, especialmente si intervienen muchos Estados. Además, siempre habrá problemas cuya solución no interese más que a algunos de los Estados cuyos territorios bordea o atraviesa un curso de agua internacional.

11) No parece que haya ninguna razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del acuerdo marco o acuerdo básico los acuerdos sobre subsistemas o los acuerdos localizados. Una de las finalidades principales de los presentes artículos es facilitar la negociación de acuerdos sobre los cursos de agua internacionales y esa finalidad es común a todos los acuerdos, ya versen sobre toda una cuenca o sean localizados, ya tengan un carácter general o se refieran a un problema particular. Es de esperar que el acuerdo marco proporcione a los Estados del curso de agua una sólida base común para la negociación, que es lo que realmente hace falta en la actualidad en las negociaciones sobre cursos de agua. No parece que haya ninguna ventaja en limitar la aplicación de los presentes artículos a los acuerdos que abarquen la totalidad de un curso de agua internacional.

12) Al propio tiempo, el acuerdo de curso de agua, si sólo se refiere a una de sus partes o a un proyecto, programa o uso particular del curso de agua, debe estar sujeto a la salvedad de que el uso de las aguas de ese curso de agua que hagan uno o varios Estados del curso de agua que no sean partes en dicho acuerdo no resulte perjudicado de manera sensible por el acuerdo. De no ser así, algunos Estados de un curso de agua internacional que interese a varios Estados podrían acaparar una proporción excesiva de las ventajas del acuerdo en provecho propio o menoscabar injustificadamente el uso de sus aguas por los Estados del curso de agua que no fueran partes en ese acuerdo. Dichos resultados serían contrarios a los principios fundamentales que, como se mostrará, rigen los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, tales como el derecho de todos los Estados de un curso de agua internacional a utilizarlo de manera razonable y equitativa y la obligación de no utilizar un curso de agua de manera lesiva para otros Estados del curso de agua[190].

13) Ahora bien, para ser objeto de esa reserva, el perjuicio causado por un acuerdo de curso de agua a los Estados del curso de agua que no sean partes en el acuerdo debe ser «sensible»; si éstos no resultan perjudicados «de manera sensible», los otros Estados del curso de agua pueden celebrar libremente ese acuerdo de curso de agua de carácter restringido. En vista de la doble connotación de la palabra inglesa *appreciable*, que tiene los dos matices de «susceptible de medición» y «sensible», se decidió utilizar este último término en todo el texto, pero con él no se pretende determinar el umbral aplicable.

14) Mediante la frase adverbial «de manera sensible» se quiere dar a entender que los efectos perjudiciales deben poder determinarse mediante pruebas objetivas (siempre que puedan obtenerse éstas). Debe darse, además, un verdadero menoscabo del uso. Se pretende excluir con ello situaciones como, por ejemplo, la planteada en el asunto *Lac Lanoux*[191] (véanse los párrafos 19 y 20 *infra*), en el que España insistía en que la restitución de las aguas del lago Lanoux se efectuara a través del sistema original. El tribunal de arbitraje concluyó en ese asunto que

> [...] gracias a la restitución efectuada según el mecanismo antes descrito, ningún usuario garantizado resultará lesionado en su disfrute...; el volumen al nivel de estiaje de las aguas disponibles del Carol, al cruzar la frontera, no sufrirá, en ningún momento, una disminución [...][192]

Seguidamente el tribunal señaló que España podría haber alegado que las obras de desviación proyectadas

> [...] darían lugar a una contaminación definitiva de las aguas del Carol o que las aguas restituidas tendrían una composición química o una temperatura, o cualquier otra característica, que podría lesionar los intereses españoles [...] Ni el expediente ni los debates en este asunto contienen el menor indicio de tal alegación[193].

Al no haber alegado España que se hubieran lesionado sus intereses de alguna forma tangible, el tribunal consideró que España no podía exigir el mantenimiento del orden natural de las aportaciones de las aguas. Conviene señalar que el proyecto de Francia, en que se basó el tribunal, sólo se había adoptado tras una larga serie de negociaciones iniciadas en 1917 que dieron lugar, en particular, a la creación, en 1949, de una comisión mixta de ingenieros y después a la presentación de un proyecto francés en 1950 (sustituido después por el proyecto sobre el que se pronunció el tribunal) que habría afectado de manera sensible el uso y disfrute de las aguas por España[194].

15) Por otra parte, el término «sensible» no se emplea en el sentido de «considerable». Lo que hay que evitar son los acuerdos localizados o los acuerdos relativos a un proyecto, programa o uso particular que perjudiquen a terceros Estados del curso de agua; aunque tales efec-

---

[189] FAO, Estudio Legislativo N.° 15, Roma, 1978.

[190] La segunda frase del párrafo 2 se basa en el supuesto, bien fundado tanto en la lógica como en la práctica de los Estados, de que un acuerdo que pretendiera aplicarse a todo un curso de agua internacional, no sería firmado por todos los Estados de dicho curso de agua. Sin embargo, si llegara a concertarse tal acuerdo, su aplicación tendría que ser compatible con el párrafo 2 del artículo 3 por las razones indicadas en el párrafo 12 del comentario.

[191] Naciones Unidas, *Recueil...*, vol. XII (N.° de venta: 63.V.3), págs. 281 y ss.

[192] *Ibid.*, pág. 303, párr. 6 (primer apartado) del laudo.

[193] *Ibid.*, párr. 6 (tercer apartado) del laudo.

[194] *Ibid.*, pág. 292. Véase un análisis de este laudo en el segundo informe del anterior Relator Especial [*Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), págs. 91 y ss., documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2, párrs. 111 a 124].

tos perjudiciales deben poder determinarse mediante elementos objetivos y no ser insignificantes, no es preciso que lleguen a ser considerables.

16) El *párrafo 3* del artículo 3 se refiere al supuesto en que uno o varios Estados del curso de agua consideran que las características y usos de un curso de agua internacional requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos a ese curso de agua. Dicho párrafo dispone que, en tal caso, los demás Estados del curso de agua celebren consultas con el Estado o los Estados de que se trate con el propósito de negociar, de buena fe, uno o varios acuerdos relativos al curso de agua.

17) Por otra parte, los Estados del curso de agua no están obligados a celebrar un acuerdo antes de utilizar las aguas del curso de agua internacional. Exigir la celebración de un acuerdo como condición previa del uso equivaldría a conceder a los Estados del curso de agua el derecho de veto respecto del uso por los demás Estados del curso de agua de las aguas del curso de agua internacional, para lo cual bastaría simplemente con negarse a llegar a un acuerdo. Ni el espíritu ni la letra del artículo 3 apuntan a tal resultado, que tampoco halla justificación en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia internacional (de hecho, el laudo dictado en el asunto *Lac Lanoux* lo excluye).

18) Aun con estas salvedades, la Comisión opina que las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, en especial el párrafo 12, implican la necesidad de la obligación enunciada en el párrafo 3 del artículo 3. Por otra parte, la existencia de un principio de derecho que exige que los Estados resuelvan mediante consultas las cuestiones relativas a los recursos de agua dulce ha sido confirmada explícitamente por el laudo dictado en el asunto *Lac Lanoux*.

19) Este asunto se refería al proyecto del Gobierno francés de ejecutar ciertas obras de aprovechamiento de las aguas del lago Lanoux, aguas que alimentaban el río Carol y afluían al territorio de España. En varias ocasiones, de 1917 a 1956, el Gobierno de España y el de Francia celebraron consultas y negociaciones sobre la propuesta desviación de las aguas del lago Lanoux. Finalmente, Francia optó por un proyecto de desviación que entrañaba la plena restitución de las aguas desviadas antes de la frontera española. No obstante, España temía que las obras propuestas lesionaran los derechos e intereses españoles, en contra de lo estipulado en el Tratado de límites (desde el valle de Andorra hasta el Mediterráneo) entre España y Francia firmado en Bayona el 26 de mayo de 1866 y el Acta adicional de la misma fecha[195]. España alegó que, conforme a ese Tratado y al Acta adicional, no podían emprenderse tales obras sin acuerdo previo entre España y Francia. España solicitó del tribunal de arbitraje que declarara que Francia infringiría las disposiciones del Tratado de Bayona y del Acta adicional si ejecutaba el proyecto de desviación sin el acuerdo de España, mientras que Francia sostuvo que podía actuar legítimamente con prescindencia de tal acuerdo.

[195] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1288, pág. 305.

20) Es importante señalar que esa obligación de los Estados de negociar la distribución de las aguas de un curso de agua internacional no fue puesta en tela de juicio y que fue reconocida por Francia, no sólo en virtud de las cláusulas del Tratado de Bayona y del Acta adicional, sino también por razones de principio firmemente establecidas. Además, aunque el tribunal de arbitraje basó algunas de sus conclusiones relativas a la obligación de negociar en las cláusulas del Tratado y del Acta adicional, no se limitó en modo alguno a la interpretación de esas cláusulas. Al resolver en contra de la pretensión española de que el consentimiento de España era una condición previa a la actuación de Francia, el tribunal se refirió a la obligación de negociar de la manera siguiente:

> En efecto, para apreciar en su esencia la necesidad de un acuerdo previo, es preciso situarse en la hipótesis de que los Estados interesados no puedan llegar a un acuerdo. En ese caso, hay que admitir que el Estado que normalmente ejercería la soberanía ha perdido el derecho de actuar por sí solo debido a la imposición incondicional y arbitraria de otro Estado. Esto equivaldría a admitir un «derecho de asentimiento», un «derecho de veto», que paralizaría a discreción de un Estado el ejercicio de la soberanía territorial de otro Estado.
>
> De ahí que en la práctica internacional se recurra preferentemente a soluciones menos extremas, limitándose a obligar a los Estados a que celebren negociaciones para llegar a un acuerdo, pero sin subordinar a la concertación de éste el ejercicio de sus soberanías respectivas. Por ello se ha hablado, a menudo sin propiedad, de la «obligación de negociar un acuerdo». En realidad, los compromisos así aceptados por los Estados adoptan formas muy diversas y tienen un alcance variable, según la manera en que hayan sido definidos y los procedimientos para su puesta en práctica; de todas formas, la realidad de las obligaciones así aceptadas es inatacable y puede ser sancionada en caso de, por ejemplo, ruptura injustificada de las conversaciones, aplazamientos anormales, inobservancia de los procedimientos previstos, negativa sistemática a tomar en consideración las propuestas o los intereses de la otra parte y, más generalmente, en caso de infracción de las reglas de la buena fe [...].
>
> [...] En realidad, hoy día los Estados tienen plena conciencia de la importancia de los intereses contradictorios que pone en tela de juicio el aprovechamiento industrial de los ríos internacionales y de la necesidad de conciliarlos mediante concesiones mutuas. El único medio de llegar a transacciones de interés es la celebración de acuerdos, partiendo de una base cada vez más amplia. La práctica internacional refleja la convicción de que los Estados deben tratar de concertar tales acuerdos; habría así una obligación de aceptar de buena fe todas las conversaciones que, con una amplia confrontación de intereses unida a la buena voluntad recíproca, deben ponerlos en condiciones óptimas de celebrar acuerdos[196].

21) Por esas razones, el párrafo 3 del artículo 3 exige que los Estados del curso de agua celebren consultas, a petición de uno o de varios de ellos, con el propósito de negociar de buena fe uno o varios acuerdos que apliquen o adopten las disposiciones de los presentes artículos a

[196] Naciones Unidas, *Recueil...*, vol. XII (véase nota 191 *supra*), págs. 306 a 308, párr. 11 (segundo y tercer apartado) y párr. 13 (primer apartado) del laudo. La Corte Internacional de Justicia también trató la cuestión de la obligación de negociar en asuntos relativos a pesquerías y a la delimitación marítima. Véanse, por ejemplo, los asuntos relativos a la *Competencia en materia de pesquerías* (Reino Unido *c.* Islandia) (República Federal de Alemania *c.* Islandia), *fondo*, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 3 y 175; los asuntos relativos a la *Plataforma continental del mar del Norte* (República Federal de Alemania *c.* Dinamarca; República Federal de Alemania *c.* los Países Bajos), sentencia del 20 de febrero de 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 3; el asunto relativo a la *Plataforma continental* (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia), *sentencia*, *C.I.J. Recueil 1982*, págs. 59 y 60, párrs. 70 y 71; y el asunto relativo a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo del Maine, sentencia* (Canadá/Estados Unidos de América), *C.I.J. Recueil 1984*, págs. 339 y 340, párr. 230.

las características y usos del curso de agua internacional de que se trate.

Artículo 4.—Partes en acuerdos de curso de agua

1. Todo Estado del curso de agua tiene derecho a participar en la negociación de cualquier acuerdo de curso de agua que se aplique a la totalidad de ese curso de agua internacional y a llegar a ser parte en tal acuerdo así como a participar en cualesquiera consultas pertinentes.

2. El Estado del curso de agua cuyo uso de un curso de agua internacional pueda resultar afectado de manera sensible por la ejecución de un acuerdo de curso de agua propuesto que solamente se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular tendrá derecho a participar en las consultas sobre tal acuerdo y en su negociación, en la medida en que su uso resulte afectado por ese acuerdo, y a llegar a ser parte en él.

Comentario

1) El artículo 4 tiene por objeto determinar los Estados del curso de agua que tienen derecho a participar en las consultas y negociaciones relativas a los acuerdos concernientes a la totalidad de un curso de agua internacional o a una parte de él y a llegar a ser partes en tales acuerdos.

2) El *párrafo 1* se explica por sí solo. Por lo que respecta a un acuerdo que se refiera a la totalidad del curso de agua internacional no hay razón para excluir ningún Estado del curso de agua de la participación en la negociación de ese acuerdo ni para impedir que llegue a ser parte en él o que participe en las consultas correspondientes. Es cierto que puede haber acuerdos relativos a toda la cuenca que presenten poco interés para uno o varios Estados del curso de agua. Sin embargo, como las disposiciones de los acuerdos a que se refiere el párrafo 1 están destinadas a aplicarse a todo el curso de agua, el objeto de esos acuerdos se frustraría si no se diera a todos los Estados del curso de agua oportunidad de participar.

3) El *párrafo 2* se refiere a los acuerdos correspondientes a sólo una parte del curso de agua. Dispone que el Estado del curso de agua cuyo uso de las aguas pueda resultar afectado de manera sensible por la ejecución de un acuerdo que solamente se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular tendrá derecho a participar en las consultas y negociaciones sobre tal acuerdo futuro, en la medida en que su uso resulte afectado por ese acuerdo, y a llegar además a ser parte en él. El fundamento de esta disposición es que si la aplicación de las disposiciones de un tratado relativo a una parte o a aspectos de un curso de agua puede afectar de manera sensible el uso de las aguas por un Estado, el ámbito de aplicación del acuerdo se extiende necesariamente al territorio de ese Estado.

4) Como las aguas de un curso de agua están en constante movimiento, cualquier medida adoptada conforme a un acuerdo con respecto al agua en un territorio determinado puede tener consecuencias fuera de ese territorio. Por ejemplo, los Estados A y B, cuya frontera común es el Estigio, convienen en que cada uno de ellos podrá desviar un 40 % de la corriente del río para el consumo doméstico, la industria y el riego en un punto situado a unos 40 kilómetros aguas arriba del Estado C, que el Estigio atraviesa después de salir del territorio de los Estados A y B. Como consecuencia de esa desviación, la cantidad total de agua del río de que dispondrá el Estado C, incluidas las aguas restituidas en los Estados A y B, se reduce en un 25 % con respecto a la que hubiera tenido de no efectuarse la desviación.

5) No se trata de saber si los Estados A y B están jurídicamente facultados para concertar tal acuerdo, sino de determinar si un proyecto de artículos que ha de establecer principios generales de orientación a los Estados para la celebración de acuerdos sobre la utilización del agua dulce debe dar al Estado C la posibilidad de participar, como parte eventual, en las consultas y negociaciones acerca de las medidas que se proponen adoptar los Estados A y B para reducir considerablemente la cantidad de agua que fluye a través del territorio del Estado C.

6) Este derecho no se enuncia como un derecho absoluto. Debe aparecer claramente que se producirá un efecto sensible sobre el uso de las aguas por un Estado para que ese Estado tenga derecho a participar en consultas y negociaciones sobre el acuerdo y a llegar a ser parte en él. Si un Estado del curso de agua no ha de resultar afectado por un acuerdo relativo a una parte o un aspecto del curso de agua, la unidad física del curso de agua no requiere de por sí que se reconozcan al Estado esos derechos. La participación de uno o varios Estados del curso de agua cuyos intereses no estuvieran directamente en juego en las cuestiones objeto de negociación equivaldría a introducir en el proceso de consultas y negociación intereses ajenos.

7) El sentido de la palabra «sensible» se explica en los párrafos 14 y 15 del comentario al artículo 3. Como allí se dice, no se emplea en el sentido de «considerable». Someter el derecho de un Estado a participar en las consultas y negociaciones a la condición de que el uso por ese Estado resulte afectado considerablemente impondría al tercer Estado una carga excesiva. Hasta qué punto exactamente las medidas proyectadas pueden afectar el uso de las aguas será probablemente muy difícil de determinar al comienzo de las negociaciones. El laudo dictado en el asunto *Lac Lanoux*[197] ilustra la medida en que los proyectos pueden modificarse como consecuencia de las negociaciones y en que tal modificación puede favorecer o perjudicar a un tercer Estado. Sólo debe exigirse de éste que pruebe que su uso puede resultar afectado de manera sensible.

8) El derecho de un Estado del curso de agua a participar en las consultas y negociaciones sobre un acuerdo de curso de agua de carácter restringido está sujeto a otra salvedad. El Estado tiene ese derecho sólo «en la medida en que su uso resulte afectado», es decir en la medida en que la aplicación del acuerdo afecte a su uso del curso de agua. Por las razones aducidas en el párrafo 6 del presente comentario, el Estado del curso de agua no tiene dere-

[197] Véase nota 191 *supra*.

cho a participar en consultas o negociaciones relativas a elementos del acuerdo cuya aplicación no afecte el uso de las aguas por ese Estado. El derecho del Estado del curso de agua a llegar a ser parte en el acuerdo no está sujeto a la misma salvedad a causa del problema técnico que plantea el que un Estado llegue a ser parte en sólo algunas de las disposiciones de un acuerdo. El modo más apropiado de resolver esta cuestión es con arreglo a las circunstancias de cada caso: en algunos casos, el Estado interesado podrá llegar a ser parte en los elementos del acuerdo que lo afecten por medio de un protocolo; en otros, quizás sea conveniente que llegue a ser parte, sin ninguna reserva, en el propio acuerdo. La solución más idónea en cada caso dependerá totalmente de la naturaleza del acuerdo, de los elementos de éste que afecten al Estado de que se trate y del carácter de esos efectos.

9) Sin embargo, el párrafo 2 no debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de un acuerdo relativo a la totalidad de un curso de agua o a una parte o un aspecto de éste, las condiciones concernientes a algunos de los aspectos del uso del curso de agua, o a todos ellos, no deban adoptarse mediante procedimientos en los que participen todos los Estados del curso de agua. Respecto de la mayoría de los cursos de agua, si no de todos, el establecimiento de procedimientos de coordinación de las actividades en todo el sistema resulta sumamente conveniente y tal vez necesario, y esos procedimientos pueden incluir muy bien el requisito de la plena participación de todos los Estados del curso de agua en las decisiones que sólo se refieren a una parte de él. Ahora bien, tales procedimientos deben adoptarse para cada curso de agua por los Estados del curso de agua respectivo con arreglo a las necesidades y condiciones propias del curso de agua. El párrafo 2 se limita a disponer que, como cuestión de principio general, todo Estado del curso de agua tiene derecho a participar en las consultas y negociaciones concernientes a un acuerdo restringido que pueda afectar los intereses de ese Estado respecto del curso de agua y a llegar a ser parte en tal acuerdo.

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 5.—Utilización y participación equitativas y razonables

1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua internacional.

2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en los presentes artículos.

Comentario

1) El artículo 5 enuncia los derechos y obligaciones fundamentales de los Estados en materia de utilización de cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Uno de los más elementales de esos derechos y obligaciones es el que constituye el objeto de la norma, firmemente arraigada, de la utilización equitativa, que se enuncia detalladamente en el párrafo 1. El principio de la participación equitativa, que sirve de complemento a la regla de utilización equitativa, se enuncia en el párrafo 2.

2) El *párrafo 1* establece la regla básica de la utilización equitativa. Aunque expresada en forma de obligación, dicha regla enuncia asimismo el derecho correspondiente, a saber que el Estado del curso de agua tiene derecho, en su territorio, a una participación razonable y equitativa en el uso y disfrute de un curso de agua internacional. De esta manera, todo Estado del curso de agua tiene a la vez el derecho de utilizar el curso de agua internacional de manera equitativa y razonable y la obligación de no sobrepasar los límites de su derecho de utilización equitativa o, para decirlo de otro modo, de no privar a otros Estados del curso de agua de su derecho de utilización equitativa.

3) La segunda frase del párrafo 1 desarrolla el concepto de utilización equitativa al disponer que los Estados del curso de agua, si deciden utilizar y aprovechar el curso de agua internacional, deberán hacerlo con el propósito de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua. El uso de la expresión «con el propósito de» pone de manifiesto que el logro de una utilización óptima y un disfrute máximo es el objetivo a que deben apuntar los Estados del curso de agua al utilizar un curso de agua internacional. Lograr una utilización óptima y un disfrute máximo no significa conseguir el uso «máximo», el uso tecnológicamente más eficiente ni el uso pecuniariamente más lucrativo, y menos aún ventajas a corto plazo a costa de pérdidas a largo plazo. Tampoco quiere decir que el Estado capaz de hacer el uso más eficiente de un curso de agua (económicamente, evitando el derroche o en cualquier otro sentido) tenga mayor derecho al uso de ese curso de agua. Más bien significa lograr el disfrute máximo posible para todos los Estados del curso de agua y la máxima satisfacción posible de todas sus necesidades, con el mínimo detrimento, o el mínimo de necesidades insatisfechas, para cada uno de ellos. También cabe señalar que, desde el punto de vista del desarrollo duradero,

El aprovechamiento y la ordenación de los recursos hídricos deberían planificarse de manera integrada, teniendo presentes las necesidades de planificación a largo plazo así como las de plazo más corto, esto es, deberían tener en cuenta consideraciones ambientales, económicas y sociales basadas en el principio de sostenibilidad; incluir las necesidades de todos los usuarios así como también las relacionadas con la prevención y atenuación de los riesgos relacionados con el agua; y ser

parte integrante del proceso de planificación del desarrollo socioeconómico[198].

4) Este objetivo, sin embargo, no tiene que ser perseguido ciegamente. Las palabras finales de la segunda frase ponen de relieve que los esfuerzos por lograr una utilización óptima y un disfrute máximo deben ser «compatibles con la protección adecuada» del curso de agua internacional. Con la expresión «protección adecuada» se pretende abarcar no sólo las medidas relativas a la conservación, la seguridad y las enfermedades de origen hídrico, sino también las medidas de «control», en el sentido técnico, hidrográfico, del término, como las adoptadas para regular la corriente, luchar contra las inundaciones, la contaminación y la erosión, aliviar la sequía y luchar contra la intrusión de agua salada. Como cualquiera de esas medidas o trabajos puede limitar hasta cierto punto los usos que de otro modo podrían hacerse de las aguas por uno o varios de los Estados del curso de agua, la segunda frase habla de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo «compatibles con» la protección adecuada. Conviene añadir que, aunque principalmente se refiere a las medidas adoptadas por cada Estado, la expresión «protección adecuada» no excluye las medidas concertadas ni los trabajos o actividades realizados en común por los Estados.

5) El *párrafo 2* enuncia el concepto de participación equitativa. La sustancia de ese concepto es la cooperación entre Estados del curso de agua merced a la participación, de manera equitativa y razonable, en medidas, trabajos y actividades dirigidos a lograr una utilización óptima del curso de agua internacional compatible con una protección adecuada del mismo. Así, el principio de participación equitativa deriva de la regla de utilización equitativa contenida en el párrafo 1 y está estrechamente ligado a ella. Reconoce, conforme a las conclusiones a que han llegado los especialistas en esta materia, que es necesario que los Estados del curso de agua adopten medidas de cooperación a fin de lograr un disfrute máximo para cada uno de ellos y contribuir al mismo tiempo a mantener un reparto equitativo de los usos y proporcionar una protección adecuada a los Estados del curso de agua y al propio curso de agua internacional. En resumen, el logro de una utilización óptima y un disfrute máximo supone la cooperación entre los Estados del curso de agua mediante su participación en la protección y el aprovechamiento del curso de agua internacional. De esta manera, los Estados del curso de agua tienen derecho a la cooperación de los demás Estados del curso de agua con respecto a cuestiones como las medidas de lucha contra las inundaciones, los programas de reducción de la contaminación, la planificación de medidas para combatir la sequía, la lucha contra la erosión, la lucha antivectorial, la regulación del caudal de los ríos (corrección), la protección de las obras hidráulicas y la protección del medio ambiente, de conformidad con las circunstancias de cada caso. Por supuesto, para lograr la máxima eficacia convendría establecer los detalles de esas actividades de cooperación en uno o varios acuerdos de curso de agua. Pero la obligación y el derecho correspondiente enunciados en el párrafo 2 no dependen para su aplicación de un acuerdo concreto.

6) La segunda frase del párrafo 2 subraya el carácter positivo de la participación equitativa al disponer que incluye tanto «el derecho de utilizar el curso de agua» como la obligación de cooperar activamente con los demás Estados del curso de agua «en su protección y aprovechamiento». Esta obligación de cooperar está relacionada con el artículo 8, relativo a la obligación general de cooperar con respecto a la utilización, el aprovechamiento y la protección de los cursos de agua internacionales[199]. Aunque no se dice así expresamente en el párrafo 2, el derecho de utilizar un curso de agua internacional mencionado en la segunda frase lleva aparejado un derecho implícito a la cooperación de los demás Estados del curso de agua para mantener un reparto equitativo del uso y disfrute del curso de agua. Este último derecho se desarrolla con más detalle en el artículo 8, sobre la cooperación.

7) A la luz de las precedentes explicaciones sobre las disposiciones del artículo 5, en los párrafos siguientes se harán un breve análisis del concepto de utilización equitativa y un resumen de ejemplos representativos en apoyo de esta doctrina.

8) No cabe duda de que el Estado de un curso de agua tiene derecho a utilizar las aguas de un curso de agua internacional en su propio territorio. Este derecho es un atributo de la soberanía y goza de él cada uno de los Estados cuyo territorio atraviesa o bordea un curso de agua internacional. En realidad, el principio de la igualdad soberana de los Estados implica que todos los Estados del curso de agua gocen de derechos respecto de la utilización del curso de agua que son cualitativamente equivalentes y correlativos a los de los demás Estados del curso de agua[200]. Ahora bien, este principio fundamental de la «igualdad de derechos» no significa que cada Estado del curso de agua tenga derecho a igual participación en el uso y disfrute del curso de agua. Tampoco quiere decir que las aguas mismas se dividan en partes alícuotas. En vez de eso, cada Estado del curso de agua tiene derecho a un uso y disfrute equitativos del curso de agua. Los límites del derecho de utilización equitativa del Estado dependen de las circunstancias de cada caso particular y, concretamente, de la ponderación de todos los factores pertinentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.

9) En muchos casos, la calidad y cantidad de agua de un curso de agua internacional serán suficientes para satisfacer las necesidades de todos los Estados del curso de agua. Mas en los casos en que la cantidad o la calidad del agua no permita que todos los Estados del curso de agua obtengan todo el provecho que razonablemente cabía esperar de su explotación, se produce lo que se denomina un «conflicto de usos». En tal caso, la práctica internacional reconoce la necesidad de algunos ajustes o adaptaciones para salvaguardar la igualdad de derechos

[198] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* [A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I, vol. I/corr.1, vol II, vol. III y vol. III/corr.1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.93.I.8 y rectificativos), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II, Programa 21, párr. 18.16.

[199] Véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), párrs. 95 a 99; véase también el tercer informe del anterior Relator Especial, *ibid.*, vol. II (primera parte), págs. 16 y ss., documento A/CN.4/406 y Add.1 y 2, párr. 59.

[200] Véase, por ejemplo, el apartado *a* del comentario al artículo IV de las Normas de Helsinki (nota 184 *supra*).

de cada Estado del curso de agua. Estos ajustes o adaptaciones tienen que efectuarse sobre la base de la equidad[201], y la mejor manera de lograrlo es mediante acuerdos de curso de agua específicos.

10) Como se desprende del análisis de todos los datos de que se dispone sobre la práctica de los Estados, generalmente aceptada como derecho, en relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (en particular las disposiciones de los tratados, la posición adoptada por los Estados en litigios concretos, las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, las formulaciones del derecho preparadas por organismos intergubernamentales y no gubernamentales, las opiniones de prestigiosos tratadistas y las decisiones de los tribunales nacionales en casos similares), la doctrina de la utilización equitativa como principio general del derecho que sirve de orientación para la determinación de los derechos y obligaciones de los Estados en este campo ha obtenido un apoyo abrumador[202].

11) Los principios básicos en que se funda la doctrina de la utilización equitativa figuran, expresa o tácitamente, en numerosos acuerdos internacionales entre Estados situados en todas las regiones del mundo[203]. Si bien los términos y los planteamientos de esos acuerdos son muy diversos[204], todos tienen como característica común el reconocimiento de los derechos de las partes al uso y disfrute del curso o cursos de agua internacionales de que se trata, que son iguales en principio y correlativos en su aplicación. Esto se aplica a las disposiciones de los tratados relativos tanto a los cursos de agua contiguos[205] como a los cursos de agua sucesivos[206].

12) Varios acuerdos modernos, en vez de enunciar un principio general de orientación o de especificar los derechos respectivos de las partes, van más allá del principio de utilización equitativa al establecer una gestión integrada de la cuenca fluvial[207]. Dichos instrumentos dan forma concreta a la determinación de lograr la utilización óptima y un disfrute máximo por medio de organizaciones competentes en relación con la totalidad del curso de agua internacional.

13) El análisis de cómo los Estados han resuelto las controversias efectivamente planteadas en relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pone de manifiesto una aceptación general del derecho de cada Estado del curso de agua internacional a utilizar y aprovechar de manera equitativa y razonable el curso de agua internacional[208]. Si bien algunos Estados han afirmado a veces la doctrina de la soberanía absoluta, esos mismos Estados han resuelto generalmente las controversias en las que han invocado dicha doctrina mediante la celebración de acuerdos por los que en los hechos se distribuía el agua o se reconocían los derechos de los demás Estados del curso de agua[209].

---

[201] Véase, por ejemplo, el artículo 3 de la resolución de Salzburgo *(ibid.)*, que se lee así:

«Artículo 3

»Si los Estados están en desacuerdo sobre el alcance de sus derechos de utilización, la diferencia se resolverá sobre la base de la equidad teniendo en cuenta especialmente sus necesidades respectivas así como las demás circunstancias propias del caso.»

[202] Véanse, por ejemplo, las fuentes analizadas en el segundo informe del anterior Relator Especial (nota 194 *supra*), párrs. 75 a 168.

[203] Véanse, por ejemplo, los acuerdos analizados en el tercer informe del segundo Relator Especial, Sr. Schwebel [*Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), págs. 93 a 100, documento A/CN.4/348, párrs. 49 a 72]; las fuentes examinadas y los acuerdos citados en los anexos I y II del capítulo II del segundo informe del anterior Relator Especial (nota 194 *supra*).

[204] Véanse los ejemplos mencionados en el segundo informe del anterior Relator Especial (nota 194 *supra*).

[205] La expresión «curso de agua contiguo» se utiliza aquí para designar a un río, lago u otro curso de agua que discurre o está situado entre los territorios de dos o más Estados y es, por ende, «contiguo» a ellos. Esos cursos de agua se denominan a veces aguas «fronterizas» o «limítrofes». El segundo informe del anterior Relator Especial contiene una lista de ejemplos, por regiones, de disposiciones de tratados relativos a cursos de agua contiguos que reconocen la igualdad de derechos de los Estados ribereños en lo que concierne a la utilización de las aguas de que se trata (*ibid.*, cap. II, anexo I).

[206] La expresión «curso de agua sucesivo» se utiliza aquí para designar al curso de agua que fluye («sucesivamente») de un Estado a otro Estado u otros Estados. Lipper señala que «los numerosos tratados relativos a los ríos sucesivos tienen todos un elemento común: el reconocimiento de los derechos compartidos de los Estados signatarios a utilizar las aguas de un río internacional» [«Equitable Utilization», A. H. Garretson, R. D. Hayton y C. J. Olmstead, eds., *The Law of International Drainage Basins*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1967, pág. 33]. El segundo informe del anterior Relator Especial contiene una lista de ejemplos de disposiciones de tratados sobre cursos de agua sucesivos que regulan la partición de las aguas, restringen la libertad de acción del Estado del curso superior, disponen el reparto del producto de la utilización de las aguas o su división equitativa de alguna otra forma, o reconocen los derechos correlativos de los Estados de que se trata (véase nota 194 *supra*).

[207] Véanse, en especial, los acuerdos recientes relativos a las cuencas fluviales de África, en particular: el Acuerdo por el que se crea la Organización para la Gestión y el Aprovechamiento de la Cuenca del Kagera; la Convención relativa al estatuto del río Senegal y la Convención por la que se crea la Organización para el Aprovechamiento del río Senegal, que son analizadas en el tercer informe del anterior Relator Especial (nota 199 *supra*), párrs. 21 y ss.; el Acta relativa a la navegación y la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger y el Acuerdo sobre la Comisión del Níger y sobre navegación y transporte por el Níger, la Convención sobre el desarrollo integrado de la cuenca del Gambia, celebrada entre Gambia y el Senegal (*Cahiers de l'Afrique équatoriale*, París, 6 de marzo de 1965), así como el Acuerdo de 1968 relativo al desarrollo integrado a la cuenca del río Gambia (Secretaría permanente senegalés-gambiana, *Accords sénégalo-gambiens*, 1965-1976, Banjul, N.° 3); y la Convención de 1976 sobre la creación del Comité de coordinación para el proyecto de la cuenca del río Gambia (*ibid.*, N.° 23); y la Convención y Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad. Véase asimismo el Tratado de la Cuenca del Río de la Plata.

[208] Véase, en general, el análisis contenido en el segundo informe del anterior Relator Especial (nota 194 *supra*), párrs. 78 a 89.

[209] Un conocido ejemplo es el de la controversia entre los Estados Unidos y México sobre las aguas del Río Grande. Este litigio dio lugar a la «doctrina Harmon» de la soberanía absoluta, pero finalmente fue resuelto por la Convención entre los Estados Unidos y México de 1906 relativa a la equitativa distribución de las aguas del Río Grande para fines de irrigación. (Véase G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Dieterich, 1908, 2.ª serie, t. 35, pág. 461; reproducido en *Textes législatifs...*, pág. 232, tratado N.° 75.) Véase el análisis de este litigio y de su solución en el segundo informe del anterior Relator Especial [(nota 194 *supra*), párrs. 79 a 87]. En dicho informe el Relator Especial concluye que la «doctrina Harmon» no se aplica en realidad, y probablemente nunca lo haya sido, en el Estado que la enunció [es decir, los Estados Unidos]» (*ibid.*, párr. 87).

Véanse asimismo los ejemplos de la práctica de otros Estados analizados en el mismo informe (*ibid.*, párrs. 88 a 91).

14) Varios organismos intergubernamentales y no gubernamentales han aprobado declaraciones, declaraciones de principios y recomendaciones sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Esos instrumentos apoyan también las normas enunciadas en el artículo 5. Aquí sólo se mencionarán algunos ejemplos representativos[210].

15) Un temprano ejemplo de instrumento de esta naturaleza es la Declaración de Montevideo sobre uso industrial y agrícola de los ríos internacionales, aprobada por la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos en su quinta sesión plenaria, el 24 de diciembre de 1933, que incluye, entre otras, las siguientes disposiciones:

[ ]

2. Los Estados tienen el derecho exclusivo de aprovechar, para fines industriales o agrícolas, la margen que se encuentra bajo su jurisdicción de las aguas de los ríos internacionales Ese derecho, sin embargo, está condicionado en su ejercicio por la necesidad de no perjudicar el igual derecho que corresponde al Estado vecino en la margen de su jurisdicción

[.]

4 Se aplicarán a los ríos sucesivos los mismos principios establecidos por los artículos 2 y 3, que se refieren a los ríos contiguos[211]

16) Otro instrumento latinoamericano, el Acta de Asunción sobre el aprovechamiento de los ríos internacionales aprobada por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países de la Cuenca del Río de la Plata (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay) en su cuarta reunión, celebrada del 1.° al 3 de junio de 1971, contiene la Declaración de Asunción sobre aprovechamiento de ríos internacionales, en cuyos párrafos 1 y 2 se dispone lo siguiente:

1 En los ríos internacionales contiguos, siendo la soberanía compartida, cualquier aprovechamiento de sus aguas deberá ser precedido de un acuerdo bilateral entre los ribereños

2 En los ríos internacionales de curso sucesivo, no siendo la soberanía compartida, cada Estado puede aprovechar las aguas en razón de sus necesidades siempre que no cause perjuicio sensible a otro Estado de la Cuenca[212]

17) La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en 1972, aprobó la Declaración sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo), cuyo Principio 21 dispone lo siguiente:

Principio 21

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional[213]

La Conferencia también aprobó el Plan de Acción para el Medio Humano, cuya recomendación 51 dispone lo siguiente:

Recomendación 51

Se recomienda que los gobiernos interesados estudien la posibilidad de establecer comisiones internacionales de cuencas hidrográficas u otro mecanismo adecuado para la colaboración entre los Estados interesados cuando se trate de recursos hidráulicos comunes a más de una jurisdicción

[ ]

b) Los Estados interesados deberían considerar, cuando proceda, los siguientes principios

[ ]

ii) Que el objetivo fundamental de todas las actividades de utilización y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, desde el punto de vista del medio ambiente, es asegurar el mejor aprovechamiento del agua y evitar su contaminación en cada país,

iii) Que los beneficios netos de las regiones hidrológicas comunes a más de una jurisdicción nacional deben distribuirse equitativamente entre todos los países interesados [ ][214]

18) El «Plan de Acción de Mar del Plata», aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, contiene varias recomendaciones y resoluciones sobre la ordenación y utilización de los recursos hídricos. En la recomendación 7 se pide que los Estados preparen una «legislación eficaz para promover la utilización eficiente y equitativa y la protección del agua y de los ecosistemas relacionados con ella»[215]. En cuanto a la cooperación internacional, el Plan de Acción en sus recomendaciones 90 y 91 dispone lo siguiente:

90 Cuando existan recursos hídricos compartidos, es necesario que los Estados cooperen, en reconocimiento de la creciente interdependencia en materia económica, ambiental y geográfica, a través de las fronteras internacionales De conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional, tal cooperación deberá realizarse sobre la base de la igualdad, soberanía e integridad territorial de todos los Estados, y teniendo debidamente en cuenta los principios expresados, entre otros, el Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano

91 En lo que atañe a la utilización, la ordenación y el desarrollo de los recursos hídricos compartidos, las políticas nacionales deberán tomar en consideración el derecho de cada Estado que comparte los recursos a utilizar equitativamente estos recursos como medio de establecer lazos de solidaridad y cooperación[216]

---

[210] Véase, en general, la recopilación de esos instrumentos que figura en el informe del Secretario General sobre «Problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales» y en el informe suplementario (documentos A/5409 y A/CN 4/274) Véanse asimismo los ejemplos representativos de esos instrumentos analizados en el segundo informe del anterior Relator Especial [(nota 194 *supra*), párrs 134 a 155]

[211] Unión Panamericana, Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos, *Sesiones Plenarias, Minutas y Antecedentes*, Montevideo, 1933, pág 114 El texto de la Declaración de Montevideo y las reservas de Venezuela y México y la declaración de los Estados Unidos de América se reproducen en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), pág 225, documento A/5409, anexo I A

[212] Texto reproducido en OEA, *Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4ª ed rev [OEA/Ser I/VI, CIJ-75, Rev 2, Washington (D C), 1971], págs 183 a 186, reproducido en parte en *Anuario 1974*, vol II (segunda parte), págs 350 y 351, documento A/CN 4/274, párr 326

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

[214] *Ibid*, cap II, secc B

[215] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta S 77 II A 12), primera parte, cap I °, pág 10

[216] *Ibid*, pág 53

19) En 1971, el Secretario General presentó al Comité de Recursos Naturales del Consejo Económico y Social un informe en el que se reconocía que «Los aprovechamientos múltiples y a menudo antagónicos y la demanda total mucho mayor han hecho imperativo un enfoque integrado del desarrollo de las cuencas fluviales, en reconocimiento de la creciente interdependencia económica y física de los territorios situados a ambos lados de las fronteras nacionales»[217]. El informe continuaba observando que los recursos hídricos internacionales, definidos como el agua de un sistema hidrográfico natural compartido por los demás países, ofrecen «una oportunidad única para fomentar la amistad entre los países. El aprovechamiento óptimo de esas aguas exige que se tomen medidas prácticas de asociación internacional de las que puedan beneficiarse todas las partes de forma tangible y visible mediante la acción concertada»[218].

20) El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano creó en 1972 un Subcomité Permanente de Ríos Internacionales. En 1973, el Subcomité recomendó al Pleno que examinase el informe del Subcomité en el momento oportuno en una reunión futura. Los proyectos de propuesta revisados presentados por el Relator del Subcomité siguen de cerca las Normas de Helsinki[219], que se analizan más adelante. La propuesta III dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Cada Estado de la cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación equitativa y razonable en el producto de la utilización de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional.

2. Los Estados de la cuenca interesados determinarán, en cada caso particular, lo que se ha de entender por participación equitativa y razonable, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes[220].

21) Varias organizaciones internacionales no gubernamentales han llegado a conclusiones análogas. En su período de sesiones celebrado en Salzburgo en 1961, el Instituto de Derecho Internacional aprobó una resolución relativa a los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación[221]. Dicha resolución, titulada «Uso de las aguas internacionales no marítimas (excluida la navegación)», establece, entre otras cosas, el derecho de cada Estado del curso de agua a utilizar las aguas de un río que atraviesa o bordea su territorio y prevé, en caso de desacuerdo, un mecanismo para la solución de controversias basado en la equidad.

22) La Asociación de Derecho Internacional (ADI) ha elaborado una serie de proyectos relativos al tema de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[222]. Quizás el más notable de esos proyectos a los presentes efectos sea el titulado «Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales», aprobado por la Asociación en su 52.ª Conferencia, celebrada en Helsinki en 1966[223]. El capítulo 2 de las Normas de Helsinki lleva por título «Utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional» y contiene la siguiente disposición:

Artículo IV

Cada Estado de la cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación equitativa y razonable en el producto de la utilización de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional.

23) Las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales vienen asimismo a corroborar el principio de que el Estado no puede permitir que su territorio se utilice de manera que se cause un daño a otros Estados[224]. En relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, esto equivale a decir que los Estados del curso de agua gozan de igualdad de derechos o de derechos correlativos respecto del uso y disfrute del curso de agua. Puede hallarse un instructivo paralelo en las decisiones de los tribunales nacionales al resolver sobre pretensiones contrarias en Estados federales[225].

24) El precedente análisis de textos jurídicos, aunque necesariamente breve, refleja la tendencia de la práctica y la doctrina en la materia. Hay que reconocer que las fuentes citadas no tienen todas jurídicamente el mismo valor. Sin embargo, el análisis constituye un indicio del amplio y constante apoyo que han recibido las normas enunciadas en el artículo 5. En realidad, la regla de la utilización equitativa y razonable descansa sobre firmes cimientos y constituye una base de la obligación de los Estados de participar de manera equitativa y razonable en la utilización, el aprovechamiento y la protección de un curso de agua internacional.

---

[217] Documento E/C.7/2/Add.6, párr. 1.

[218] *Ibid.*, párr. 3.

[219] Véase nota 184 *supra*.

[220] En el párrafo siguiente de la propuesta III figura una lista no exhaustiva de diez «factores que deben considerarse» para determinar qué constituye una participación equitativa y razonable. Véase Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, *Report of the Fourteenth Session held at New Delhi* (10 a 18 de enero de 1973) (Nueva Delhi), págs. 7 a 14; texto reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 368 y 369, documento A/CN.4/274, párr. 367. Los trabajos del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano sobre esta materia se suspendieron en 1973, a raíz de la decisión de la Comisión de abordar el examen del tema. Pero en su 23.° período de sesiones, celebrado en Tokio en mayo de 1983, el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, en respuesta a solicitudes urgentes, incluyó nuevamente el tema en su programa a fin de seguir los progresos realizados en la Comisión. Véanse las declaraciones de los observadores del Comité en el 36.° período de sesiones de la Comisión (*Anuario... 1984*, vol. I, pág. 352, 1869.ª sesión, párr. 42) y en el 37.° período de sesiones (*Anuario... 1985*, vol. I, pág. 168, 1903.ª sesión, párr. 21).

[221] Véase nota 184 *supra*. Esta resolución, que se basaba en el informe final del Relator, Juraj Andrassy, presentado en el período de sesiones del Instituto celebrado en Neuchâtel en 1959 [*Annuaire de l'Institut de droit international, 1959* (Basilea), vol. 48, t. I, págs. 319 y ss.], fue aprobada por 50 votos a favor, ninguno en contra y una abstención.

[222] El primero de esos proyectos es la resolución que la Asociación aprobó en su 47.ª Conferencia, celebrada en Dubrovnik en 1956, y uno de los más recientes es la resolución sobre el derecho de las aguas subterráneas internacionales, aprobada en su 62.ª Conferencia, celebrada en Seúl en 1986. Véase la segunda parte del informe del Comité del derecho de las aguas subterráneas internacionales (ILA, *Report of the Sixty-Second Conference, Seoul, 1986*, Londres, 1987, págs. 238 y ss.).

[223] Véase nota 184 *supra*.

[224] Véase el análisis de las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, en particular los asuntos *Oder*, *Prises d'eau à la Meuse*, *Détroit de Corfú*, *Lac Lanoux*, *Fonderie de Trail* y otros laudos relativos a los cursos de agua internacionales, en el segundo informe del anterior Relator Especial (véase nota 194 *supra*), párrs. 100 a 133.

[225] Véanse las decisiones de los tribunales nacionales analizadas en el segundo informe del anterior Relator Especial *(ibid.)*, párrs. 164 a 168.

Artículo 6.—Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua internacional de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros:

***a*) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales;**

***b*) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua interesados;**

***c*) La dependencia de la población respecto del curso de agua;**

***d*) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua;**

***e*) Los usos existentes y potenciales del curso de agua;**

***f*) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas a tal efecto;**

***g*) La existencia de alternativas, de valor correspondiente, respecto de un uso particular existente o previsto.**

2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 de este artículo, los Estados del curso de agua interesados celebrarán, de ser necesario, consultas con ánimo de cooperación.

Comentario

1) El artículo 6 tiene por objeto establecer cómo los Estados tienen que aplicar la norma de la utilización equitativa y razonable enunciada en el artículo 5. Dicha norma es necesariamente general y flexible y requiere, para su debida aplicación, que los Estados tengan en cuenta factores concretos relativos al curso de agua internacional de que se trate así como las necesidades y usos de los Estados del curso de agua interesados. Así pues, lo que hay que entender por utilización equitativa y razonable en cada caso dependerá de la ponderación de todos los factores y circunstancias pertinentes. Este proceso de evaluación tiene que ser realizado, en primer lugar por lo menos, por cada Estado del curso de agua a fin de velar por la observancia de la regla de la utilización equitativa y razonable establecida en el artículo 5.

2) El *párrafo 1* del artículo 6 dispone que «la utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua internacional de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes» y enuncia una lista indicativa de tales factores y circunstancias. Esta disposición significa que, para que su conducta esté en conformidad con la obligación de utilización equitativa enunciada en el artículo 5, los Estados del curso de agua deben tener en cuenta, constantemente, todos los factores que son pertinentes para garantizar el respeto de la igualdad de derechos o los derechos correlativos de los demás Estados del curso de agua. Sin embargo, el artículo 6 no excluye la posibilidad de que comisiones técnicas, órganos comunes o terceros intervengan también en esas evaluaciones, de conformidad con las disposiciones o acuerdos aceptados por los Estados interesados.

3) La lista de factores contenida en el párrafo 1 tiene valor indicativo y no es exhaustiva. La amplia diversidad de los cursos de agua internacionales y de las necesidades humanas que éstos tienden a satisfacer hace imposible compilar una lista exhaustiva de los factores que puedan ser pertinentes en cada caso. Cabe que algunos de los factores enumerados sean pertinentes en un caso particular y otros no o incluso que sean pertinentes otros factores no incluidos en la lista. No se establece un orden de prioridad ni la importancia respectiva de los factores y circunstancias enumerados puesto que algunos de ellos pueden ser más importantes en ciertos casos mientras que en otros quizás haya que atribuir mayor peso o influencia a factores distintos.

4) El *apartado* a del párrafo 1 enumera una serie de factores naturales o físicos. Es probable que esos factores influyan en ciertas características importantes del propio curso de agua internacional, como la cantidad y calidad del agua, el caudal y sus fluctuaciones periódicas. Dichos factores determinan asimismo la relación física entre el curso de agua y cada Estado del curso de agua. Los factores «geográficos» comprenden la extensión del curso de agua internacional en el territorio de cada Estado del curso de agua; los factores «hidrográficos» se refieren generalmente a la medición, descripción y levantamiento de mapas hidrogeológicos del curso de agua; y los factores «hidrológicos» se refieren, en particular, a las propiedades del agua, incluido su caudal, y a su distribución incluida la aportación de agua de cada Estado del curso de agua al curso de agua internacional. El *apartado* b concierne a las necesidades económicas y sociales relacionadas con el agua de los Estados del curso de agua. El *apartado* c tiene por objeto poner de relieve la importancia de tomar en consideración tanto el tamaño de la población que depende del curso de agua como el grado o la medida de esa dependencia. El *apartado* d trata de la cuestión de si los usos de un curso de agua internacional por un Estado del curso de agua producen efectos en los demás Estados del curso de agua y, en particular, si tales usos perjudican los usos de otros Estados del curso de agua. El *apartado* e se refiere a los usos existentes y potenciales de un curso de agua internacional a fin de subrayar que no se da prioridad a ninguno de ellos al tiempo que se reconoce que ambos factores o sólo uno de ellos pueden ser pertinentes en un caso determinado. El *apartado* f enumera una serie de factores relativos a las medidas que pueden adoptar los Estados del curso de agua con respecto a un curso de agua internacional. El término «conservación» se utiliza en el mismo sentido que en el artículo 1; el término «protección» se utiliza en el mismo sentido que en el artículo 5; el término «aprovechamiento» se refiere en general a los proyectos o programas emprendidos por los Estados del curso de agua para sacar provecho de un curso de agua o para aumentar el provecho que se puede obtener de él; y la expresión «economía en la utilización» se refiere a la posibilidad de evitar un inútil despilfarro de agua. Por último, el *apartado* g versa sobre la existencia de varias opciones respecto de un uso particular exis-

tente o previsto y sobre si esas opciones son de valor correspondiente al del uso existente o previsto. Este apartado requiere que se averigüe si existen otros medios de satisfacer las necesidades que son o serían satisfechas por un uso existente o previsto. Las opciones pueden consistir, por consiguiente, no sólo en otras fuentes de abastecimiento de agua sino también en otros medios (distintos del uso del agua) de satisfacer esas necesidades, como otras fuentes de energía u otros medios de transporte. El término «correspondiente» se utiliza en su sentido amplio para indicar un valor general equivalente. Así pues, la expresión «de valor correspondiente» trata de sugerir la idea de viabilidad, factibilidad y relación costo-eficacia generalmente comparables.

5) El *párrafo 2* prevé la posibilidad de que, por diversas razones, los Estados del curso de agua tengan que celebrar consultas entre ellos respecto de la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 del artículo 6. Entre los supuestos que pueden dar lugar a esa situación figuran circunstancias naturales, como una reducción de la cantidad de agua, y circunstancias relativas a las necesidades de los Estados del curso de agua, como un aumento de las necesidades para usos domésticos, agrícolas o industriales. El párrafo dispone que los Estados del curso de agua están obligados a celebrar «consultas con ánimo de cooperación». Como se ha señalado en el párrafo 6 del comentario al artículo 5, la naturaleza de la obligación general de cooperación de los Estados del curso de agua se enuncia con más detalle en el artículo 8. Este párrafo insta a los Estados a que celebren consultas, con ánimo de cooperación, acerca de la utilización, el aprovechamiento o la protección de un curso de agua internacional a fin de hacer frente a las circunstancias que han dado lugar a la necesidad de consultas. A tenor de lo dispuesto en este párrafo, la exigibilidad de la obligación de celebrar consultas viene determinada por el hecho de que haya surgido la necesidad de tales consultas. Esto implica un criterio objetivo, mientras que el requisito de que los Estados del curso de agua celebren consultas «con ánimo de cooperación» significa que la petición de un Estado del curso de agua de que se celebren consultas no puede ser pasada por alto por los demás Estados del curso de agua.

6) Se han hecho diversas tentativas en el plano internacional para confeccionar listas de factores con objeto de dar al principio de utilización equitativa un significado concreto en cada caso particular. El artículo IV de las Normas de Helsinki[226] se refiere a la utilización equitativa (véase el párrafo 22 del comentario al artículo 5), y el artículo V, que indica la manera de determinar lo que se entiende por «participación equitativa y razonable», dispone lo siguiente:

Artículo V

1. Lo que se ha de entender por «participación equitativa y razonable» en el sentido del artículo IV se determinará, en cada caso particular, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes

2 Los factores pertinentes que hay que tomar en consideración son, entre otros, los siguientes:

a) La geografía de la cuenca, en particular la extensión de la cuenca hidrográfica en el territorio de cada Estado de la cuenca,

b) La hidrología de la cuenca, en particular la aportación de agua de cada Estado de la cuenca;

c) El clima de la cuenca;

d) La utilización anterior de las aguas de la cuenca, y en particular su utilización actual;

e) Las necesidades económicas y sociales de cada Estado de la cuenca,

f) La población dependiente de las aguas de la cuenca en cada Estado de la cuenca;

g) Los costos comparativos de otros medios de satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado de la cuenca;

h) La disponibilidad de otros recursos;

i) La necesidad de evitar todo despilfarro inútil en la utilización de las aguas de la cuenca;

j) La posibilidad del pago de una indemnización a uno o varios de los Estados de la misma cuenca como medio de solucionar los conflictos entre usos; y

k) El grado en que pueden satisfacerse las necesidades de un Estado de la cuenca sin causar daños importantes a otro Estado de la misma cuenca

3. El peso que deba atribuirse a cada factor se determinará por su importancia en relación con la de otros factores pertinentes. Para determinar lo que se ha de entender por «participación equitativa y razonable» se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores

7) En 1958 el Departamento de Estado de los Estados Unidos publicó un memorando sobre los aspectos jurídicos del uso de los sistemas hidrográficos internacionales. El memorando, que se preparó en relación con las conversaciones entre los Estados Unidos y el Canadá relativas al propuesto transvase por el Canadá de las aguas de ciertos ríos fronterizos, contiene también ejemplos de los factores que han de tenerse en cuenta en la utilización equitativa y razonable de un curso de agua internacional[227].

8) Finalmente, en 1973 el Relator del Subcomité Permanente de Ríos Internacionales del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano presentó al Comité un proyecto revisado de propuestas. En la propuesta III, los párrafos 1 y 2 se refieren a la utilización equitativa (véase el párrafo 20 del comentario al artículo 5) y el párrafo 3 se refiere a la cuestión de los factores pertinentes[228].

9) La Comisión opina que es necesaria una lista indicativa de factores que sirva de guía a los Estados en la aplicación de la regla de la utilización equitativa y razonable enunciada en el artículo 5. Se ha tratado de limitar los factores a una lista restringida y no exhaustiva de consideraciones generales que sean aplicables en muchos casos concretos. No obstante, quizás no sea ocioso repetir que la importancia atribuida a cada factor, así como su pertinencia misma, variará según las circunstancias de cada caso.

Artículo 7.—Obligación de no causar daños sensibles

1. Los Estados del curso de agua ejercerán la diligencia debida para utilizar el curso de agua internacional de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.

[226] Véase nota 184 *supra*.

[227] Véase nota 183 *supra*

[228] Véase nota 220 *supra*.

2. Cuando, a pesar del ejercicio de la diligencia debida, se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso cause los daños deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, consultar con el Estado que sufra dichos daños acerca de:

***a*) La medida en que ese uso es equitativo y razonable teniendo en cuenta los factores enumerados en el artículo 6;**

***b*) La cuestión de los ajustes especiales de su utilización, destinados a eliminar o mitigar los daños causados, y, cuando proceda, la cuestión de la indemnización.**

Comentario

1) En este artículo la Comisión establece un proceso destinado a evitar el daño sensible en la medida de lo posible llegando a la vez a un resultado equitativo en cada caso concreto. El uso óptimo de los recursos hídricos finitos de un curso de agua internacional se considera a la luz de los intereses de cada Estado de dicho curso de agua. Esto concuerda con la importancia dada a lo largo de los artículos en general, y en particular en la parte III, a las consultas y negociaciones acerca de las medidas planeadas.

2) El enfoque de la Comisión se basó en tres conclusiones: en primer lugar, que el artículo 5 no ofrecía por sí solo suficiente orientación a los Estados en los casos en que el daño fuera un factor a tomar en cuenta; en segundo lugar, que los Estados deben obrar con la debida diligencia para utilizar un curso de agua de manera que no cause daños sensibles; en tercer lugar, que el hecho de que una actividad acarree daños sensibles no constituye necesariamente en sí una base para prohibirla. En algunas circunstancias, la «utilización equitativa y razonable» de un curso de agua internacional puede aun así acarrear daños sensibles a otro Estado del curso de agua. En general, en esos casos, el principio de una utilización equitativa y razonable sigue siendo el criterio rector para equilibrar los intereses que están en juego.

3) En el *párrafo 1* se enuncia la obligación general de los Estados del curso de agua de ejercer la diligencia debida en su utilización del curso de agua internacional de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.

4) «Diligencia debida» se ha definido como sigue: «... una diligencia proporcionada a la magnitud del objeto y a la dignidad y fuerza de la potencia que la ejerce...»; y «el cuidado que los gobiernos ordinariamente ponen en los asuntos que se refieren tanto a su seguridad como a la de sus nacionales»[229]. La obligación de la debida diligencia contenida en el artículo 7 fija el umbral de la actividad legítima del Estado. No tiene por objeto garantizar que al utilizar un curso de agua internacional no se produzca un daño sensible[230]. Es una obligación de conducta, no de resultado. Ella implica que únicamente puede considerarse que un Estado del curso de agua cuyo uso causa un daño sensible ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando, de manera intencionada o negligente, ha causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no ha impedido que otros en su territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos[231]. Por consiguiente, «el Estado puede ser responsable... de no promulgar la legislación necesaria, de no hacer cumplir las leyes... de no impedir o poner término a una actividad ilegal o de no castigar a la persona responsable de la misma»[232].

5) La obligación de la diligencia debida, como criterio objetivo, puede deducirse de tratados que rigen la utilización de los cursos de agua internacionales. Por ejemplo el Tratado del Indo entre la India y el Pakistán dispone en el párrafo 10 de su artículo 4 lo siguiente:

> Las partes declaran su intención de impedir, *en la medida de lo posible**, la contaminación excesiva de las aguas de los ríos que pudieran afectar desfavorablemente su uso para los mismos fines para las que fueron utilizadas en una fecha efectiva, y convienen en tomar todas las medidas razonables para lograr que, cuando sea necesario, sean tratados, antes de verterse a los ríos, las aguas residuales o los desechos industriales, de manera que no afecten materialmente a esos usos; para determinar si una medida es o no «razonable» se tendrán en cuenta las prácticas habituales en relación con los ríos en situaciones similares[233].

6) La obligación de la debida diligencia puede también deducirse de diversas convenciones multilaterales. El párrafo 1 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone que:

> 1. Los Estados tomarán [...] todas las medidas [...] que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los *medios más viables** de que dispongan y en la medida de sus posibilidades [...].

Según el artículo 1 del Convenio de Londres de 1972 sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, los Estados contratantes están obligados a «adoptar todas las *medidas posibles* para impedir la contaminación del mar por el vertimiento de desechos y otras materias». El artículo 2 del Convenio de Viena de 1985 para la protección de la capa de ozono, cuyo artículo 2 obliga a las partes a tomar «*las medidas apropiadas** [...] para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos

---

[229] Asunto del «*Alabama*» (Estados Unidos de América *c.* Gran Bretaña), sentencia del 14 de setiembre de 1872, A. de Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, París, Pedone, 1923, págs. 789 y 796.

[230] Véanse en general P. M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, París, Pedone, 1976, y «La responsabilité internationale des États pour les dommages causés par les pollutions transfrontières», en OCDE, *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, París, 1977, pág. 369; Charles B. Bourne, «The International Law Commission Draft Articles on the Law of International Watercourses: Principles and Planned Measures», en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Boulder), 1992, vol. 3, N.° 1, págs. 65 a 92; y P. K. Wouters, «Allocation of the non-navigational uses of international watercourses: Efforts at codification and the experience of Canada and the United States», en *Annuaire canadien de droit international*, Vancouver, 1992, t. XXX, págs. 43 y ss.

[231] J. G. Lammers, *op. cit.* (nota 184 *supra*), pág. 348.

[232] *Restatement of the Law, Third, The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1987, art. 601, comentario *d*, pág. 105.

[233] Véase nota 178 *supra*.

resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono». El párrafo 5 del artículo 7 de la Convención sobre la regulación de las actividades sobre recursos minerales del Antártico dispone que las partes «se comprometen a hacer *los esfuerzos apropiados**, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, con el fin de que nadie se dedique a ninguna actividad sobre recursos minerales del Antártico contraria a los objetivos y principios» de la Convención. La Convención sobre evaluación de las repercusiones ambientales en un contexto transfronterizo también dispone en el párrafo 2 del artículo 1 que

> 2. Cada una de las partes tomará las medidas jurídicas, administrativas u otras medidas necesarias para aplicar las disposiciones de la presente Convención, incluido, con respecto a las actividades propuestas [...] que puedan causar repercusiones desfavorables transfronterizas importantes, el establecimiento de un procedimiento de evaluación de las repercusiones ambientales que permita la participación pública y la preparación de documentación sobre la evaluación de las repercusiones ambientales [...]

Además, la Convención de 1992 sobre la protección y el uso de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales dispone en el párrafo 1 de su artículo 2 que las partes «tomarán [...] todas las medidas *apropiadas** para prevenir, controlar y reducir todo efecto transfronterizo».

7) La obligación de diligencia debida contenida en el artículo 7 se abordó recientemente en una controversia entre Alemania y Suiza derivada del hecho de que esta última no exigió a una empresa farmacéutica que tomara ciertas medidas de seguridad y de la contaminación resultante del Rin. El Gobierno suizo reconoció la falta de diligencia debida para prevenir el accidente mediante la regulación adecuada de sus propias industrias farmacéuticas[234].

8) Sólo se puede considerar que un Estado del curso de agua ha incumplido su obligación de diligencia debida en el caso de que supiera o debiera haber sabido que el uso particular de un curso de agua internacional causaría daños sensibles a otros Estados del curso de agua[235].

9) Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Estrecho de Corfú*:

> [...] del mero hecho del control ejercido por un Estado sobre su territorio no puede llegarse a la conclusión de que ese Estado necesariamente tuviera conocimiento o debiera haber tenido conocimiento de un acto ilícito cometido allí ni que necesariamente supiera o debiera haber sabido quiénes eran los autores. Este hecho, por sí mismo o aparte de otras circunstancias, no entraña responsabilidad *prima facie* ni desplaza la carga de la prueba[236].

10) El *párrafo 2* trata de una situación en la que, pese al ejercicio de la debida diligencia en la utilización de un curso de agua internacional, un uso causa no obstante daños sensibles a otros Estados del curso de agua. En tal circunstancia las disposiciones del párrafo 2 requieren que, salvo que exista un acuerdo con respecto a ese uso, el Estado cuyo uso causa los daños consulte con los Estados del curso de agua que lo están sufriendo. El objeto de las consultas se indica en los apartados *a* y *b* del párrafo 2.

11) Las palabras «a falta de acuerdo con respecto a ese uso» reflejan el hecho de que cuando los Estados del curso de agua interesados han convenido ya en ese uso, no existen las obligaciones contenidas en los apartados *a* y *b* del párrafo 2. Pero cuando no existe tal acuerdo, el Estado del curso de agua que sufre el daño sensible podrá invocar las disposiciones de los apartados *a* y *b* del párrafo 2 del artículo.

12) Un comentarista se ha referido de la manera siguiente al proceso de llegar a un acuerdo sobre los usos de los cursos de agua:

> En muchos casos, cuando un Estado ha previsto una utilización que se supone que podría causar daños graves y duraderos a los intereses de otro Estado en el río, las actividades no se han iniciado mientras no ha habido acuerdo entre los Estados. Estos acuerdos no siguen ningún patrón especial sino que resuelven problemas inmediatos de manera equitativa[237].

Este proceso se refleja y refuerza en el artículo 12 y los demás artículos relativos a la notificación, intercambio de información, etc., contenidos en la parte III del proyecto de artículos.

13) El proceso que se requiere en el párrafo 2 es análogo en varios aspectos al proceso seguido por la Corte Internacional de Justicia en el fondo del asunto de la *Compétence en matière de pêcheries* (Reino Unido *c.* Islandia)[238]. En ese caso la Corte comprobó la existencia de derechos contrapuestos por parte del Reino Unido e Islandia. La Corte determinó que se habían de aplicar ciertos criterios generales, análogos al artículo 6 del presente proyecto de artículos, y señaló además:

> El método más apropiado para la solución de la controversia era evidentemente el de la negociación. Su objetivo debía ser la delimitación de los derechos e intereses de las partes [...].
>
> [...]
>
> La obligación de negociar se deriva así de la naturaleza misma de los respectivos derechos de las partes; [y] corresponde a los principios y disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas acerca del arreglo pacífico de las controversias.
>
> [...]
>
> [La] tarea que tienen ante sí... [las partes] será realizar sus negociaciones sobre la base de que cada una debe de buena fe prestar razonable atención a los derechos legales de la otra [a]... los hechos de la si-

---

[234] Para un examen completo de esta situación, véase R. Pisillo-Mazzeschi, «Forms of international responsibility for environmental harm», en *International Responsibility for Environmental Harm*, F. Francioni y T. Scovazzi, eds. (Graham and Trotman, Londres, 1991), págs. 15 a 36, en particular la pág. 31. Véase también Barron, «After Chernobyl: Liability for nuclear accidents under international law», *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, 1987, vol. 25, N.° 3, págs. 652 y ss.

[235] Lammers, *op. cit.* (nota 184 *supra*), pág. 349.

[236] *Fondo*, sentencia de la Corte Internacional de Justicia, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 18.

[237] C. Eagleton, C. J. Olmstead y J. M. Sweeney, «Research project on the law and uses of international rivers», New York University School of Law, 1959, citado en M. Whiteman, *Digest of International Law*, United States Government Printing Office, vol. 3, 1964, pág. 932.

[238] Véase nota 196 *supra*. Se reconoce que el proceso requerido en el párrafo 2 del artículo 7 es un proceso de «consulta». La referencia por analogía al procedimiento empleado en el asunto de la *Compétence en matière de pêcheries*, con su referencia a la «negociación», no debe considerarse que tiene por objeto proporcionar una interpretación del término empleado en el parágrafo 2.

tuación particular y tener en cuenta los intereses de los demás Estados con derechos bien establecidos [ ][239]

14) El *apartado* a *del párrafo 2* obliga a las partes a consultarse con el fin de determinar si el uso del curso de agua ha sido equitativo y razonable teniendo en cuenta, entre otras cosas, la lista no exhaustiva de factores a que se hace referencia en el artículo 6. La carga de la prueba de que una determinada utilización es equitativa y razonable incumbe al Estado cuyo uso del curso de agua está causando un daño sensible[240]. Un uso que cause daños sensibles a la salud y seguridad humanas se entiende que no es, intrínsecamente, equitativo ni razonable. En opinión de varios miembros de la Comisión, también era importante reconocer que, como mínimo, es muy improbable que cualquier otra forma de daño extremo pueda verse contrapesado por los beneficios derivados de la actividad.

15) Cuando, como en el asunto de la *Compétence en matière de pêcheries*[241], hay un conflicto de usos debido por ejemplo, en el caso de los cursos de agua, a la cantidad o calidad de las aguas, es posible que todos los usos razonables y beneficiosos no pueden realizarse plenamente.

16) La decisión de la Corte en el asunto *Donauversinkung* es también instructiva. En ella se dice especialmente:

> Los intereses de los Estados en cuestión deben pesarse de manera equitativa uno con otro Se ha de considerar no sólo el daño absoluto causado al Estado vecino sino también la relación de la ventaja obtenida por el uno con el daño causado al otro[242]

17) El *apartado* b *del párrafo 2* requiere que los Estados se consulten para ver si se deben hacer ajustes especiales en la utilización que está causando daños sensibles con el fin de eliminar o reducir los daños; y si debe pagarse una indemnización a los que sufren los daños.

18) Las consultas deben realizarse habida cuenta de las circunstancias particulares e incluirían, además de los factores pertinentes del apartado *a*, factores tales como la medida en que los ajustes son económicamente viables, la medida en que el Estado lesionado obtendría también beneficios de la actividad en cuestión[243], como la participación en la energía hidroeléctrica generada, el control de las inundaciones, la mejora de la navegación, etc. A este respecto, el pago de indemnización se reconoce expresamente como medio de equilibrar los intereses en los casos apropiados[244].

19) El concepto de equilibrio de intereses se expresa en el párrafo 9 del comentario al artículo 5 *supra*, que dice así:

> [ ] en los casos en que la cantidad o la calidad del agua no permita que todos los Estados del curso de agua obtengan todo el provecho que razonablemente cabía esperar de su explotación, se produce lo que se denomina un «conflicto de usos» En tal caso la práctica internacional reconoce la necesidad de algunos ajustes o adaptaciones para salvaguardar la igualdad de derechos de cada Estado del curso de agua Estos ajustes o adaptaciones tienen que efectuarse sobre la base de la equidad, y la mejor manera de lograrlo es mediante acuerdos de curso de agua específicos

20) Este concepto se refleja en la recomendación 51, apartado iii), aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972), que recomienda el principio de que «los beneficios netos de las regiones hidrológicas comunes a más de una jurisdicción nacional deben distribuirse equitativamente entre todos los países interesados»[245].

21) Si las consultas no conducen a una solución, se aplicarán los procedimientos de solución de controversias contenidos en el artículo 33 de los presentes artículos. La Comisión ha añadido estos procedimientos en segunda lectura reconociendo la complejidad de las cuestiones y la vaguedad intrínseca de los criterios que se han de aplicar. El tribunal que se ocupó del asunto *Lac Lanoux* describió muy bien la situación en los siguientes términos:

---

[239] *Compétence (ibid.)*, págs 31 a 33, párrs 73, 75 y 78 Véanse también la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Salzburgo (nota 184 *supra*), Bourne, *loc cit* (nota 230 *supra*) y Wouters, *op cit (ibid.)*, págs 80 a 86

[240] «El Estado demandante parte de la norma presuntiva a su favor de que todo Estado está obligado a utilizar las aguas de los ríos que fluyen dentro de su territorio de tal manera que no se causen daños importantes a un Estado corribereño Habiendo probado esos daños importantes, corresponderá al Estado demandado la carga de formular una defensa apropiada, excepto en aquellos casos en que los daños sean resultado de una contaminación muy peligrosa y la responsabilidad sea estricta Esta carga incumbe al Estado demandado por derivación de su jurisdicción soberana exclusiva sobre las aguas que fluyen dentro de su territorio »

The Law of International Drainage Basins (véase nota 206 *supra*), pág 113

[241] Véase nota 196 *supra*

[242] *Streitsache des Landes Wurttemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung*, Staatsgerichtshof alemán, 18 de junio de 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Berlín, vol 116, apéndice, págs 18 y ss Véase también *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927 y 1928*, A McNair y H Lauterpacht, eds , Londres, Longmans, 1931, vol 4, pág 131 Véanse también *Kansas* c *Colorado* (1907), *United States Reports*, 1921, vol 206, pág 100, y *Washington* c *Oregon* (1936), *ibid*, 1936, vol 297, pág 517, y también ILA, *Report of the Sixty-second Conference* (nota 222 *supra*), págs 275 a 278, el artículo 1 de las «Normas complementarias aplicables a los recursos hídricos internacionales» dispone que un Estado de la cuenca se abstendrá de realizar e impedirá dentro de su territorio actos u omisiones que causen daños sustanciales a otro Estado de la cuenca, siempre que la aplicación del principio de la utilización equitativa expuesto en el artículo IV de las Normas de Helsinki (véase nota 184 *supra*) no justifique una excepción en un caso particular El artículo 1 agrega que tal excepción se determinará de conformidad con el artículo V de las Normas de Helsinki

[243] Véase el asunto *Donauversinkung* (nota 242 *supra*)

[244] Véanse el Tratado de 1961 entre el Canadá y los Estados Unidos de América relativo al desarrollo de los recursos hídricos de la cuenca del Columbia (nota 183 *supra*), el Acuerdo de 1959 entre la República Árabe Unida y la República del Sudán para la plena utilización de las aguas del Nilo (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 453, pág 51) y el canje de notas que tuvo lugar en 1929 entre el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno de Egipto, relativo a la utilización de las aguas del Nilo para la irrigación (SDN, *Recueil des Traités*, vol XCIII, pág 45) Véanse también el acuerdo entre el Gobierno Federal de Austria y el Gobierno del Estado de Baviera acerca de la desviación de las aguas en los distritos de Rissbach, Durrach y Walchan, concertado el 29 de junio de 1948 y concluido el 16 de octubre de 1950 (*Textes législatifs* , pág 469, tratado N ° 136) y la Convención entre la República Federativa Popular de Yugoslavia y el Gobierno Federal de la República de Austria, referente a ciertas cuestiones de hidroeconomía relativas al río Drave (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 227, pág 111) Véanse además el Acuerdo de 1966 sobre toma de aguas en el lago de Constanza entre Austria, la República Federal de Alemania y Suiza, y el artículo 4 de la resolución de Salzburgo (véase nota 184 *supra*)

[245] Véase nota 213 *supra*

[...] corresponde a cada Estado evaluar de manera razonable y de buena fe las situaciones y las normas que lo implican en controversias; su evaluación puede estar en contradicción con la de otros Estados; en tal caso, si surge una controversia, las partes normalmente tratan de resolverla mediante negociación o sometiéndola a la autoridad de un tercero [...][246].

22) Algunos miembros de la Comisión indicaron que no creían que fuese útil incluir disposiciones como las del artículo 7 tal como está redactado en la actualidad o como fue aprobado en primera lectura en 1991[247]. Otros estimaron que era esencial que la Comisión abordara la cuestión como lo había hecho en el texto de 1991 o en el presente texto. Prevaleció esta última opinión.

23) Algunos miembros expresaron reservas acerca del artículo, indicando que preferían el texto aprobado en primera lectura.

Artículo 8.—Obligación general de cooperación

Los Estados del curso de agua cooperarán con arreglo a los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.

Comentario

1) El artículo 8 establece la obligación general de los Estados del curso de agua de cooperar unos con otros con objeto de cumplir las obligaciones y alcanzar los objetivos fijados en los artículos. La cooperación entre Estados del curso de agua en la utilización de un curso de agua internacional es importante para lograr y preservar una distribución equitativa del uso y disfrute del curso de agua, y para facilitar el funcionamiento de las reglas de procedimiento contenidas en la tercera parte del proyecto de artículos.

2) El artículo 8 pone de relieve tanto el fundamento como los objetivos de la cooperación. En cuanto a lo primero, el artículo se refiere a los principios esenciales que constituyen el fundamento mismo de la cooperación entre los Estados del curso de agua. Entre otros principios pertinentes cabe citar la buena fe y la buena vecindad. Por lo que respecta a los objetivos de la cooperación, la Comisión, tras debatir si deberían exponerse con detalle, llegó a la conclusión de que sería más adecuado enunciarlos con carácter general, habida cuenta, especialmente, de la gran diversidad de cursos de agua internacionales, de sus usos y de las necesidades de los Estados del curso de agua. Este enunciado, que se expresa en la frase «a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada del curso de agua internacional», se inspira en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 5.

3) Un gran número de instrumentos internacionales exhortan a las partes a cooperar unas con otras en la utilización de los respectivos cursos de agua internacionales[248]. Como ejemplo de instrumento internacional en el que figura dicha obligación cabe citar el Acuerdo relativo a la utilización de los recursos hídricos en las aguas fronterizas entre Polonia y la Unión Soviética, de 17 de julio de 1964[249]. El párrafo 3 del artículo 3 establece que el Acuerdo tiene por objeto lograr la cooperación entre las partes en las actividades económicas, científicas y técnicas relativas a la utilización de los recursos hídricos en las aguas fronterizas. En los artículos 7 y 8 del Acuerdo se regula la cooperación relativa, entre otras cosas, a los proyectos hidráulicos y al intercambio regular de datos e información.

4) Además del artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados[250], la importancia de la cooperación en materia de utilización de los cursos de agua internacionales y otros recursos naturales compartidos se ha puesto reiteradamente de relieve en declaraciones y resoluciones adoptadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales. La Asamblea General, por ejemplo, abordó la cuestión en su resolución 2995 (XXVII), sobre cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente, y en su resolución 3129 (XXVIII), sobre cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados. La primera establece en su preámbulo que

[...] en el ejercicio de la soberanía sobre sus recursos naturales, los Estados deben buscar, por medio de una efectiva cooperación bilateral o de mecanismos regionales, preservar y mejorar el medio ambiente.

La cuestión de la cooperación en la utilización de recursos hídricos comunes y en la esfera de la protección del medio ambiente fue tratada también en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, cuyo principio 24 establece:

Principio 24

Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales

[246] Naciones Unidas, *Recueil...* (véase nota 191 *supra*), pág. 310.

[247] Véase nota 165 *supra*.

[248] Un análisis de los convenios internacionales, las decisiones de tribunales internacionales, las declaraciones y resoluciones aprobadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales y los estudios realizados por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales en relación con el principio de la cooperación se encuentra en el tercer informe del anterior Relator Especial (véase nota 199 *supra*), párrs. 43 a 58.

[249] Véase nota 175 *supra*. Entre otros ejemplos de acuerdos sobre cursos de agua internacionales que regulan la cooperación entre las partes cabe citar los siguientes: el Convenio relativo a la protección de las aguas del lago Léman contra la contaminación, entre Francia y Suiza, de 16 de noviembre de 1962 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 922, pág. 49 (arts. 1 a 4)]; el Acuerdo de cooperación para la protección y mejoramiento del medio ambiente en la zona fronteriza, entre los Estados Unidos de América y México, de 14 de agosto de 1983, acuerdo marco que comprende los recursos hídricos fronterizos [*International Legal Materials*, vol. XXII, N.° 5, setiembre 1983, pág. 1025 (art. 1 y anexo I)]; el Acta relativa a la navegación y a la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger (art. 4); la Convención relativa al estatuto del río Senegal y la Convención relativa a la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del río Senegal; la Convención y Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad (artículo 1 del Estatuto); el Tratado sobre la utilización de las aguas del Indo (véase nota 178 *supra*), arts. VII y VIII. De una manera más general, el artículo 197 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, titulado «Cooperación en el plano mundial o regional», exige a los Estados que cooperen «en la formulación y elaboración de reglas y estándares, así como prácticas y procedimientos recomendados, de carácter internacional, que sean compatibles con la presente Convención, para la protección y preservación del medio marino, teniendo en cuenta las características propias de cada región».

[250] Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General.

relativas a la protección y mejoramiento del medio Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados[251]

El Plan de Acción de Mar del Plata, adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua[252], contiene varias recomendaciones relativas a la cooperación regional e internacional respecto a la utilización y el desarrollo de los cursos de agua internacionales. Por ejemplo, en la Recomendación 90 se establece que entre los Estados,

[ ] De conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional, tal cooperación deberá realizarse sobre la base de la igualdad, soberanía e integridad territorial de todos los Estados, y teniendo debidamente en cuenta los principios expresados; entre otros, el Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano[253]

En 1987 la CEPE adoptó una serie de «Principios relativos a la cooperación en la esfera de las aguas transfronterizas»[254]. El Principio 2 dispone:

Cooperación

2 La mejor manera de controlar los efectos transfronterizos de los fenómenos naturales y de las actividades humanas en las aguas transfronterizas es mediante los esfuerzos concertados de los países inmediatamente interesados Por consiguiente, debería establecerse entre los países ribereños una cooperación lo más práctica posible que lleve a un intercambio constante y completo de información, a consultas periódicas y decisiones concernientes a cuestiones de interés mutuo objetivos, criterios y normas, inspección, planificación, programa de investigación y desarrollo y medidas concretas, incluidas la aplicación y vigilancia de dichas medidas

5) La importancia de la cooperación entre los Estados en materia de utilización y aprovechamiento de los cursos de agua internacionales ha sido reconocida también en numerosos estudios realizados por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales[255]. Un instrumento en el que se reconoce expresamente la importancia de la cooperación entre los Estados para la eficacia de las normas de procedimiento y de otro tipo relativas a los cursos de agua internacionales son las Normas sobre la contaminación del agua en una cuenca hidrográfica internacional, aprobadas en 1982 por la Asociación de Derecho Internacional[256]. En el artículo 4 de esas normas se establece: «A fin de dar cumplimiento a las disposiciones de los presentes artículos, los Estados cooperarán con los demás Estados interesados». Una enérgica afirmación de la importancia de la cooperación relativa a los recursos hídricos internacionales, dadas las propiedades físicas del agua, puede verse en el Principio XII de la Carta Europea del Agua, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1967[257], en el que se dice: «El agua no tiene fronteras. Es un recurso común que precisa cooperación internacional». Por último, la resolución sobre «La contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional», aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones celebrado en Atenas en 1979[258], establece, en el apartado *b* del artículo IV, que, a fin de prevenir la contaminación de las aguas, los Estados recurrirán a los arbitrios a su alcance y, «en el plano internacional, cooperarán de buena fe con los otros Estados interesados»[259].

6) En conclusión, la cooperación entre los Estados del curso de agua repercute de manera importante en la utilización equitativa y razonable de los cursos de agua internacionales. Es, además, el fundamento para el intercambio regular de datos e información previsto en el artículo 9 así como para otras partes del proyecto.

Artículo 9.—Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información que sean fácilmente accesibles sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico, así como las previsiones correspondientes.

2. El Estado del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información que no sean fácilmente accesibles hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la reunión y, en su caso, elaboración de esos datos e información.

3. Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por

[251] Véase nota 213 *supra* Véase también la Recomendación 51 del Plan de Acción para el Medio Humano (cap II, sección B), que prevé expresamente la cooperación en lo que se refiere a los cursos de agua internacionales

[252] Véase nota 215 *supra*

[253] El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo se reproduce en el párrafo 17 del comentario al artículo 5 Véanse también la recomendación 84 del Plan de Acción de Mar del Plata *(ibid)* y las resoluciones aprobadas en dicho Plan de Acción sobre «Cooperación técnica entre países en desarrollo en lo relativo al agua», «Comisiones de cuencas fluviales» y «Arreglos institucionales para la cooperación internacional en el sector de los recursos hídricos»

[254] Informe Anual de la CEPE (28 de abril de 1986-10 de abril de 1987), *Documents officiels du Conseil économique et social, 1987, Supplément N° 13* (E/1987/33-E/ECE/1148) cap IV, decisión I (42) En el préambulo de los Principios se declara lo siguiente

«Los siguientes principios se refieren exclusivamente a cuestiones vinculadas con el control y la prevención de la contaminación de aguas transfronterizas, así como al control de las inundaciones en aguas transfronterizas, incluyendo cuestiones generales propias de esta esfera »

[255] Véanse en general los estudios mencionados y extractados en el documento A/5409, párrs 1069 a 1098, y en el documento A/CN 4/274, págs 368 y 387, párrs 364 a 381 y 399 a 409

[256] ILA, Report of the *Sixtieth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, págs 13 y 535 y ss

[257] Aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa el 28 de abril de 1967 [recomendación 493 (1967)] y por el Comité de Ministros el 26 de mayo de 1967 [resolución (67) 10], texto reproducido en el documento A/CN 4/274, págs 372 y ss , párr 373

[258] Véase nota 184 *supra*

[259] En el artículo VII de la resolución se establece que «al cumplir su obligación de cooperar, los Estados que formen parte de la misma cuenca hidrográfica, en la medida de lo posible, especialmente por conducto de acuerdos, recurrirán a los siguientes arbitrios de cooperación», entre ellos la comunicación de los datos apropiados sobre la contaminación, la notificación en tiempo oportuno de cualesquiera actividades que entrañaren riesgo de contaminación y la consulta respecto de los problemas reales o potenciales de contaminación transfronteriza

los Estados del curso de agua a los que se comuniquen.

Comentario

1) En el artículo 9 se exponen las condiciones generales mínimas del intercambio entre Estados del curso de agua de los datos y la información necesarios para garantizar la utilización equitativa y razonable de un curso de agua. Los Estados del curso de agua necesitan datos e información relativos al estado del curso de agua para aplicar el artículo 6, en el que se requiere que los Estados del curso de agua tengan en cuenta «todos los factores y circunstancias pertinentes» al cumplir la obligación de utilización equitativa establecida en el artículo 5. Las normas que figuran en el artículo 9 son, claro está, de carácter supletorio, pues se aplican en ausencia de una reglamentación particularizada del tema contenida en un acuerdo como el previsto en el artículo 3, esto es un acuerdo sobre un curso de agua internacional específico. En realidad, hay una clara necesidad de que los Estados del curso de agua concierten esos acuerdos entre sí con miras, entre otras cosas, a establecer un régimen para la reunión y el intercambio de datos e información a la luz de las características del curso de agua internacional pertinente así como de sus necesidades y circunstancias especiales. El funcionamiento armónico y eficaz del régimen previsto en el artículo 9 depende de la cooperación entre los Estados del curso de agua. Las normas enunciadas en el presente artículo constituyen, pues, una aplicación concreta de la obligación general de cooperación enunciada en el artículo 8, como se refleja en la oración inicial del párrafo 1.

2) El requisito del *párrafo 1* de que se intercambien datos e información de manera regular tiene por objeto asegurar que los Estados del curso de agua dispongan de los elementos necesarios para poder cumplir sus obligaciones en virtud de los artículos 5, 6 y 7. Los datos y la información pueden transmitirse de manera directa o indirecta. En muchos casos los Estados del curso de agua han establecido órganos mixtos a los que se han confiado, entre otras cosas, la recopilación, elaboración y difusión de los datos e información a que se hace referencia en el párrafo 1[260]. En todo caso, los Estados interesados tienen, por supuesto, libertad para hacer uso a tal efecto de cualquier método mutuamente aceptable.

3) La Comisión reconoce que circunstancias tales como un conflicto armado o la ausencia de relaciones diplomáticas pueden representar graves obstáculos para el intercambio directo de datos e información así como para una serie de procedimientos previstos en los artículos 11 a 19. La Comisión decidió que este problema se resolvería mejor mediante una cláusula general de salvaguardia que previera expresamente procedimientos indirectos y que ha tomado la forma del artículo 30.

4) Al requerir el intercambio «regular» de datos y de información, el artículo 9 prevé un proceso continuo y sistemático, distinto del envío especial de información acerca de las medidas proyectadas previsto en la tercera parte del proyecto.

5) El párrafo 1 requiere que los Estados del curso de agua intercambien los datos y la información «que sean fácilmente accesibles»[261]. Esta expresión se emplea para indicar que, como obligación jurídica general, un Estado del curso de agua sólo está obligado a facilitar la información a la que tenga acceso, por ejemplo la que ya hubiera reunido para su propio uso o sea de fácil obtención[262]. En un caso concreto, el que los datos e información «sean fácilmente» asequibles dependerá de una evaluación objetiva de factores tales como el esfuerzo y el costo que pueda entrañar su obtención, teniendo en cuenta los pertinentes recursos humanos, técnicos, financieros y de otra índole del Estado del curso de agua que reciba la solicitud. El término «fácilmente», utilizado en los párrafos 1 y 2, tiene, pues, un significado que corresponde aproximadamente a la expresión «habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes» o «factible» más que, por ejemplo, a las palabras «racionalmente» o «lógicamente».

6) Salvo pacto en contrario, los Estados del curso de agua no tienen que elaborar los datos y la información que se han de intercambiar. Sin embargo, en virtud del párrafo 3 del artículo 9, han de hacer lo posible por pro-

---

[260] Se hallarán listas ilustrativas de esas entidades y análisis de las mismas en documento A/CN 4/274, pág 382, párrs 382 a 398, las Actas de la Reunión interregional de organizaciones internacionales de cuencas fluviales, auspiciada por las Naciones Unidas y celebrada en Dakar del 5 al 14 de mayo de 1981 [*Experiencias en el aprovechamiento y administración de cuencas fluviales y lacustres internacionales*, Recursos Naturales/Serie del Agua N ° 10 (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta S 82 II A 17), tercera parte], N Ely y A Wolman, «Administration», *The Law of International Drainage Basins* (véase nota 206 *supra*), págs 125 a 133, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales aspectos institucionales y jurídicos*, Recursos Naturales/Serie del Agua N ° 1 (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta S 75 II A 2), anexo IV, y T Parnall y A E Utton, «The Senegal Valley Authority A unique experiment in international river basin planning», *Indiana Law Journal* (Bloomington), vol 51, 1975-1976, págs 254 y ss

Entre esos mecanismos administrativos se destacan, en África la Comisión de la cuenca del lago Chad, la Autoridad de la cuenca del Níger (llamada antes Comisión del río Níger), la Comisión técnica mixta permanente de las aguas del Nilo (Egipto y Sudán) y la Organización para la administración y desarrollo de la cuenca del Kagera; en América el Comité intergubernamental coordinador de los países de la cuenca del Río de la Plata, la Comisión mixta internacional (Estados Unidos de América y Canadá) y la Comisión internacional de límites y agua (Estados Unidos de América y México), en Asia: el Comité para la coordinación de las investigaciones de la cuenca del curso inferior del Mekong, la Comisión permanente del Indo (India y Pakistán), la Comisión fluvial mixta (India y Bangladesh) y la Comisión del delta del Helmand (Afganistán e Irán), en Europa la Comisión del Danubio, la Comisión internacional para la protección del Mosela contra la contaminación, la Comisión internacional para la protección del Rin contra la contaminación y la Comisión mixta finlandés-soviética sobre la utilización de los cursos de agua fronterizos

[261] En el párrafo 1 del artículo XXIX de las Normas de Helsinki se emplea la expresión «pertinentes y adecuadas que tenga disponibles» (véase nota 184 *supra*)

[262] Véase el comentario al párrafo 1 del artículo XXIX de las Normas de Helsinki (*ibid*) que dice

«La referencia a "informaciones pertinentes y adecuadas que tenga disponibles" deja elucidado que el Estado ribereño en cuestión no puede ser obligado a suministrar información que no sea pertinente ni se le puede obligar a cargar con el gasto y la dificultad de obtener estadísticas y otros datos que no estén disponibles o que no sean de fácil obtención La disposición del artículo no tiene por objeto prejuzgar la cuestión de si un Estado ribereño puede o no solicitar justificadamente a otro que le suministre información que no esté "razonablemente disponible" si el primer Estado está dispuesto a costear el gasto de obtener la información deseada » (Pág 519)

porcionar la información de manera que se facilite su utilización por los Estados que la reciben.

7) Ejemplos de instrumentos en los que se emplea el término «disponible» con referencia a la información que se ha de facilitar son el Tratado sobre las aguas del Indo entre la India y el Pakistán de 1960[263] y la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986[264].

8) Los Estados del curso de agua han de intercambiar datos e información relativos al «estado» del curso de agua internacional. Este término, que figura también en el artículo 11, tiene significado usual, refiriéndose en general al estado o las características vigentes del curso de agua. Como indican las palabras «en particular», los tipos de datos y de información mencionados, aunque en modo alguno forman una lista exhaustiva, son los que se consideran más importantes a efectos de la utilización equitativa. Aunque en el artículo 9 no se menciona el intercambio de muestras, la Comisión reconoce que ello puede ser de gran utilidad práctica en algunas circunstancias y debe efectuarse en la forma oportuna.

9) Los datos y la información transmitidos a otros Estados del curso de agua deben comprender indicaciones acerca de los efectos sobre el estado del curso de agua de los presentes usos del mismo en el Estado que transmite la información. Los posibles efectos de los usos proyectados se tratan en los artículos 11 a 19.

10) En el párrafo 1 del artículo 9 se exige el intercambio regular, entre otras cosas, de datos e información de carácter «ecológico». La Comisión considera preferible este término a «ambiental», puesto que se refiere más concretamente a los recursos vivos del propio curso de agua. El término «ambiental» se consideró susceptible de una interpretación más amplia, lo que supondría la imposición de una carga demasiado pesada a los Estados del curso de agua.

11) Los Estados del curso de agua están obligados en virtud del párrafo 1 a intercambiar no sólo datos e información sobre el presente estado del curso de agua sino también las previsiones correspondientes. Este último requisito, al igual que el primero, está sujeto a la reserva de que «sean fácilmente accesibles» esas previsiones. Así pues, los Estados del curso de agua no han de realizar esfuerzos especiales para cumplir esta obligación. Esas previsiones se referirán a cuestiones tales como las pautas meteorológicas y sus posibles efectos en los niveles y corrientes de agua, las previsiones en materia de congelamiento, los posibles efectos a largo plazo de los usos actuales y el estado o movimiento de los recursos vivos.

12) La prescripción del párrafo 1 se aplica incluso en los casos relativamente raros en que no haya ningún Estado del curso de agua que esté utilizando o que proyecte utilizar el curso de agua. Si los datos y la información relativos al estado del curso de agua son «fácilmente accesibles», la Comisión opina que exigir el intercambio de esos datos e información no sería excesivamente gravoso. De hecho, el intercambio de datos e información acerca de esos cursos de agua puede ayudar a los Estados a planear para el futuro y a satisfacer necesidades de desarrollo u otras necesidades.

13) El *párrafo 2* se refiere a las solicitudes de datos e información de que razonablemente no pueda disponer el Estado del curso de agua al cual se le formulan. En esos casos el Estado de que se trata ha de hacer «lo posible» para atender la petición, es decir ha de actuar de buena fe y con ánimo de cooperación procurando facilitar los datos o la información que desee obtener el Estado del curso de agua solicitante.

14) Para que los datos y la información tengan utilidad práctica para los Estados del curso de agua, deben revestir una forma que les permita utilizarlos. Por consiguiente, en el *párrafo 3* se exige a los Estados del curso de agua que hagan «lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización». El significado de la expresión «hará lo posible» se explica en el párrafo 13 *supra*. La expresión «en su caso» se emplea para ofrecer una cierta flexibilidad que es conveniente por varias razones. En algunos casos, quizá no sea necesario elaborar los datos y la información para hacerla utilizable por otro Estado. En otros casos, esa elaboración puede ser necesaria para que el material sea utilizable por otros Estados, pero ello puede entrañar una carga excesiva para el Estado que lo proporciona.

15) En muchos acuerdos internacionales, declaraciones y resoluciones aprobados por organizaciones, reuniones y conferencias intergubernamentales y en muchos estudios realizados por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales se ha reconocido la necesidad de reunir e intercambiar regularmente una amplia gama de datos e información respecto de los cursos de agua internacionales[265]. Ejemplo de un acuerdo que contiene una disposición general sobre el intercambio regular de datos e información es el Acuerdo relativo a la utilización de los recursos hídricos en las aguas fronterizas, entre Polonia y la Unión Soviética, de 1964[266], que dispone en el párrafo 1 de su artículo 8:

1. Las partes contratantes establecerán los principios de cooperación que regirán el intercambio regular de información y pronósticos hidrológicos, hidrometeorológicos e hidrogeológicos relativos a las aguas fronterizas y decidirán el alcance, los problemas y los métodos para llevar a cabo las mediciones y observaciones y para elaborar los

---

[263] Véase nota 178 *supra*. El párrafo 2 del artículo VII del Tratado dispone que una parte que proyecte construir obras de ingeniería que afecten materialmente a la otra parte

«[...] notificará sus planes a la otra parte y le suministrará los datos *disponibles** respecto de los trabajos que permitan a la otra parte informarse sobre la naturaleza, la magnitud y el efecto de los trabajos.»

Véanse el párrafo 1 del artículo XXIX de las Normas de Helsinki y el comentario correspondiente (notas 184 y 262 *supra*).

[264] En el apartado *b* del artículo 2 de la Convención se requiere que se suministre la «información pertinente disponible con miras a reducir al mínimo las consecuencias radiológicas».

[265] El cuarto informe del anterior Relator Especial contiene un estudio de las disposiciones pertinentes de estos instrumentos [*Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2], págs. 212 y ss., párrs. 15 a 26. Véase también el artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (nota 250 *supra*).

[266] Véase nota 175 *supra*.

resultados y asimismo los lugares y el momento en que se realizará el trabajo.

Otros ejemplos de acuerdos que contienen disposiciones sobre el intercambio de datos e información son el Tratado sobre las aguas del Indo, entre la India y el Pakistán[267] (art. VI), el Tratado entre los Estados Unidos de América y México, del 3 de febrero de 1944, relativo a la utilización de las aguas de los ríos Colorado, Tijuana y Grande (Bravo)[268] (apartado *j* del art. 9), el Acuerdo sobre la Comisión del Níger y sobre la navegación y transporte por el Níger, de 25 de noviembre de 1964 (apartado *c* del art. 2), y el Acuerdo, relativo a los ríos fronterizos, entre Finlandia y Suecia, de 16 de septiembre de 1971[269] (cap. 9, art. 3).

16) El intercambio regular de datos e información es particularmente importante para la protección eficaz de los cursos de agua internacionales, la preservación de la calidad del agua y la prevención de la contaminación. Así se reconoce en diversos convenios internacionales, declaraciones y resoluciones, y estudios[270]. Ejemplo de ello es el apartado *a* del Principio 11 de los «Principios relativos a la cooperación en la esfera de las aguas transfronterizas», adoptados por la CEPE en 1987[271].

17) En resumen, el intercambio regular por los Estados del curso de agua de datos e información relativos al estado del curso de agua proporciona a esos Estados los elementos necesarios para cumplir las obligaciones que les imponen los artículos 5 a 7 así como para sus propios fines de planificación. Si el artículo 9 se refiere al intercambio de datos e información con carácter regular, los artículos de la tercera parte, que comienza con el artículo 11, tratan del envío de información con carácter especial, a saber, con respecto a las medidas proyectadas.

Artículo 10.—Relación entre las diferentes clases de usos

1. Salvo pacto o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos.

2. El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá basándose en los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.

Comentario

1) En el artículo 10 se enuncia el principio general de que ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos. Este artículo se refiere también al caso de conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional.

2) Como es frecuente que, por acuerdo o costumbre, los Estados asignen prioridad a un uso o a un tipo de usos particulares, el *párrafo 1* está concebido como una norma de carácter supletorio. Así, en la oración inicial del párrafo se hace una salvedad respecto de toda prioridad establecida mediante «pacto o costumbre» entre los Estados del curso de agua interesados. El término «pacto» se emplea en un sentido lato y abarca, por ejemplo, cualquier arreglo o *modus vivendi* a que hayan llegado los Estados del curso de agua. Además, su alcance no se limita a los «acuerdos de curso de agua» pues es posible que determinados usos, por ejemplo la navegación, sean objeto de acuerdos de otro tipo, como los tratados de amistad. El término «costumbre» apunta a situaciones en las que, si bien no existe un «pacto» entre los Estados del curso de agua, la tradición o la práctica han consagrado la prioridad de un uso particular. Asimismo, la afirmación de que ningún uso «tiene en sí prioridad» significa que no hay nada en la naturaleza de un determinado tipo o categoría de usos que haga suponer una prelación o que le dé prelación intrínseca sobre otros, de modo que los Estados del curso de agua pueden libremente asignar prioridad a un uso específico respecto de un determinado curso de agua internacional. Esto es igualmente valedero respecto de los usos de la navegación que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 1, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos «en la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta».

3) El *párrafo 2* se refiere al caso de que exista conflicto o interferencia entre los diferentes usos de un curso de agua internacional sin que se haya establecido una prioridad mediante pacto o costumbre. En este caso, el párrafo 2 establece que la situación se resolverá sobre la base de los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, «teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales». Por consiguiente, en el sentido de este artículo, un «conflicto» entre varios usos sólo podrá surgir en el caso de que los Estados del curso de agua interesados no hayan establecido, mediante un pacto o por la fuerza de la costumbre, un sistema de prioridad de los usos u otro medio de armonizarlos. Cabe destacar que el párrafo se refiere a un «conflicto» entre usos de un curso de agua internacional y no a un conflicto o controversia entre Estados del curso de agua[272].

4) Con arreglo al párrafo 2, los principios y factores que han de tomarse en consideración para resolver un conflicto entre los usos de un curso de agua internacional son los enunciados en los artículos 5, 6 y 7. Los factores que han de tenerse en cuenta en virtud del artículo 6 deben guardar relación con el curso de agua internacional de que se trate. Sin embargo, al decidir de qué manera se resolverá el conflicto, los Estados del curso de agua deben tener en cuenta «especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales». Esto es, se debe prestar especial atención a cuestiones como el abastecimiento de agua suficiente para las necesidades de la vida humana, incluidas tanto el agua potable como el agua

[267] Véase nota 178 *supra*.

[268] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 3, pág. 313.

[269] Véase nota 175 *supra*.

[270] Véanse los ejemplos citados en el cuarto informe del Relator Especial (nota 265 *supra*).

[271] Véase nota 254 *supra*. En virtud de su preámbulo, los Principios están limitados al control de las inundaciones y la prevención y control de la contaminación.

[272] Véase también el párrafo 9 del comentario al artículo 5 *supra*.

necesaria para producir alimentos e impedir el hambre. Este criterio es una forma acentuada del factor enunciado en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 6, a saber, «las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua interesados». Como el párrafo 2 del artículo 10 también se remite al artículo 6, el factor antes señalado es de todos modos uno de los que los Estados del curso de agua interesados deben tener en cuenta para resolver un conflicto entre usos.

5) Si bien los usos para la navegación quizá gozaran de prioridad general a comienzos del presente siglo[273], los Estados reconocieron la necesidad de una mayor flexibilidad cuando otras clases de usos empezaron a rivalizar en importancia social y económica con la navegación. Una resolución adoptada en 1966 por la Cuarta Reunión Anual del Consejo Interamericano Económico y Social a nivel ministerial ilustra este cambio de criterio al reconocer la importancia de tener en cuenta la diversidad de usos potenciales de un curso de agua. En la resolución se recomienda que los países miembros promuevan, en beneficio común, la utilización económica de las cuencas hidrográficas y accidentes geográficos de la región de la que forman parte «en los transportes, la producción de energía eléctrica, en obras de regadío y otros usos y para controlar y prevenir los daños periódicos que resultan de las crecientes e inundaciones de sus aguas»[274]. En el mismo año, la Asociación de Derecho Internacional (ILA) llegó también a la conclusión de que ningún uso individual gozaba de prioridad general. El artículo VI de las Normas de Helsinki dispone que «Un uso o categoría de usos no entraña el derecho a ninguna preferencia inherente sobre cualquier otro uso o categoría de usos»[275]. La importancia de mantener suficiente flexibilidad para asegurar un suministro de agua dulce bastante para satisfacer las necesidades humanas en el próximo siglo se destacó recientemente en la «Declaración de Delft». En esta Declaración, aprobada en un simposio celebrado en Delft, Países Bajos, del 3 al 5 de junio de 1991, bajo el patrocinio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se señala que en el año 2000 casi la mitad de la población mundial vivirá en ciudades. Se hace referencia al «temible» problema de satisfacer las necesidades de agua de áreas metropolitanas «en explosión», «dada la necesidad igualmente creciente de agua para la agricultura de regadío y los problemas derivados de la contaminación urbana e industrial». Los expertos en recursos hídricos presentes en el simposio llegaron a la conclusión de que para satisfacer las necesidades humanas de agua «de un modo sostenible, han de tomarse medidas avanzadas para proteger y conservar el agua y los recursos ambientales»[276]. Esas medidas en muchos casos serían imposibles si un determinado uso gozara de prioridad inherente. La inexistencia de tal prioridad entre los usos facilitará la aplicación de medidas destinadas a asegurar la satisfacción de las «necesidades humanas esenciales».

[273] Ejemplos de esta posición son el párrafo 1 del artículo 10 de la Convención y Estatuto de Barcelona de 1921 sobre el régimen de los cursos de agua navegables de interés internacional; el artículo 5 de la «Declaración de Montevideo» (véase nota 211 *supra*); y el párrafo 4 de la regla II de la Resolución aprobada en Madrid por el Instituto de Derecho Internacional (en el que se basa el artículo 5 de la Declaración de Montevideo), relativa a la reglamentación internacional del uso de los cursos de agua internacionales [*Annuaire de l'Institut de droit international, 1911* (París), vol. 24, pág. 366; norma reproducida en el documento A/5409, pág. 212, párr. 1072].

[274] Resolución 24-M/66, sobre la «Regularización y aprovechamiento económico de las vías, cuencas y accidentes hidrográficos de América Latina» (párrafo dispositivo único), reproducida en el documento A/CN.4/274, pág. 382, párr. 380.

[275] Véase Normas de Helsinki (nota 184 *supra*), pág. 491.

[276] La Declaración de Delft figura como anexo a un comunicado de prensa del PNUD, Ginebra, 10 de junio de 1991.

TERCERA PARTE

MEDIDAS PROYECTADAS

Artículo 11.—Información sobre las medidas proyectadas

Los Estados del curso de agua intercambiarán información y se consultarán acerca de los posibles efectos de las medidas proyectadas sobre el estado de un curso de agua internacional.

Comentario

1) El artículo 11 sirve de introducción a los artículos de la tercera parte del proyecto y establece un vínculo entre dicha parte, que regula el intercambio de información sobre las medidas proyectadas, y la segunda parte, que incluye el artículo 9, sobre el intercambio regular de datos e información.

2) El artículo 11 establece la obligación general de los Estados del curso de agua de intercambiar información acerca de los posibles efectos que las medidas que proyectaran ejecutar pudieran tener sobre el Estado del curso de agua. El artículo exige también que los Estados se consulten acerca de los posibles efectos de dichas medidas.

3) La expresión «posibles efectos» comprende todos los efectos potenciales, tanto perjudiciales como beneficiosos, de las medidas proyectadas. Por consiguiente, el artículo 11 tiene un alcance más amplio que los artículos 12 y siguientes, relativos a las medidas proyectadas que pudieran causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua. En efecto, los Estados del curso de agua están interesados en recibir información no sólo sobre los efectos negativos de las medidas proyectadas sino también sobre los positivos. Por lo demás, la exigencia de intercambiar información y celebrar consultas sobre todos los efectos posibles elimina los problemas que conlleva la determinación unilateral de la naturaleza real de dichos efectos.

4) El término «medidas» debe entenderse en sentido amplio, puesto que abarca tanto los nuevos proyectos o programas de mayor o menor importancia como las modificaciones de los usos existentes del curso de agua internacional.

5) En el comentario al artículo 12 se citan algunos ejemplos de instrumentos y decisiones que establecen una norma similar a la que enuncia el artículo 11.

Artículo 12.—Notificación de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial

El Estado del curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua, lo notificará oportunamente a esos Estados. Esa notificación irá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles para que los Estados a los que se haga la notificación puedan evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas.

Comentario

1) El artículo 12 es el primero de una serie de artículos sobre las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua. Estos artículos establecen las reglas de procedimiento encaminadas a ayudar a los Estados del curso de agua a mantener un equilibrio equitativo entre sus respectivos usos del curso de agua internacional. Se confía en que esta serie de procedimientos contribuya a evitar controversias derivadas de nuevos usos de los cursos de agua.

2) El criterio establecido para poner en marcha los procedimientos previstos en los artículos 12 a 19 es que las medidas proyectadas por un Estado del curso de agua pueden causar un «efecto perjudicial sensible» a otros Estados del curso de agua[277]. Debe entenderse que el umbral establecido por esta norma es más bajo que el determinante de los «daños sensibles» a los que se refiere el artículo 7. Así, un «efecto perjudicial sensible» puede no alcanzar el nivel de «daño sensible» en el sentido del artículo 7. Los «daños sensibles» no pueden utilizarse como criterio adecuado para activar los procedimientos regulados por los artículos 12 a 19, porque ello significaría que los procedimientos se iniciarían sólo cuando la ejecución de las nuevas medidas pudiera entrañar una conducta incluida en el artículo 7, de lo que podría deducirse que todo Estado del curso de agua que notificara medidas proyectadas estaría admitiendo que dichas medidas podrían causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua, con arreglo a una conducta incluida en el artículo 7. Para evitar esta situación se utiliza el criterio del «efecto perjudicial sensible».

3) La expresión «ejecutar o permitir la ejecución de» tiene por objeto aclarar que el artículo 12 abarca no sólo las medidas proyectadas por el Estado sino también las proyectadas por entidades privadas. La palabra «permitir» se utiliza en su sentido amplio, englobando tanto «tolerar» como «autorizar». Por consiguiente, cuando quien proyecta las medidas es una entidad privada, el Estado del curso de agua de que se trate está obligado a no autorizar a dicha entidad a ejecutar las medidas o, en su caso, a no permitirle que siga ejecutándolas antes de notificarlo a otros Estados del curso de agua con arreglo al artículo 12. Debe entenderse que las referencias a la «ejecución» de las medidas proyectadas[278] en posteriores artículos engloban el hecho de que se permita dicha ejecución.

4) El término «oportunamente» significa que la notificación ha de tener lugar antes de que el proyecto haya alcanzado una fase demasiado avanzada para que puedan celebrarse, si fuera necesario, las consultas y negociaciones a que se refieren los artículos siguientes. Como ejemplo de tratado en el que se incluye un requisito de esta naturaleza cabe citar el Acuerdo que regula la toma de agua del lago de Constanza, entre Austria, la República Federal de Alemania y Suiza, de 30 de abril de 1966, en cuyo artículo 7 se establece que «los Estados ribereños deberán, antes de autorizar [una determinada] toma de agua, darse mutuamente y en momento oportuno la posibilidad de expresar sus opiniones».

5) El propósito de la referencia a los datos técnicos y la información «disponibles» es indicar que el Estado notificante no está obligado, en general, a realizar investigaciones adicionales a petición de un Estado potencialmente afectado, sino que sólo debe proporcionar los datos e información pertinentes que se hubieran reunido en relación con el uso proyectado y de los que pudiera disponer sin dificultad. El significado del término «disponibles» se analiza también en los párrafos 5 a 7 del comentario al artículo 9 *supra*. Si el Estado al que se haga la notificación deseara información de la que no pudiera disponer fácilmente y que estuviera exclusivamente en posesión del Estado notificante, sería deseable que el primero de esos Estados ofreciera al último indemnizarle por los gastos en que incurriera para reunir la información solicitada. Tal como se establece en el artículo 31, el Estado notificante no está obligado a proporcionar datos o información que sean vitales para su defensa o seguridad nacionales. En el párrafo 7 del comentario al artículo 9 se citan ejemplos de instrumentos que utilizan el término «disponibles» en relación con la información que ha de proporcionarse.

6) El principio de la notificación de las medidas proyectadas está consagrado en diversos acuerdos internacionales, decisiones de tribunales internacionales, declaraciones y resoluciones aprobadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales y no gubernamentales de carácter internacional[279]. Como ejemplo de tratado que contiene una disposición de esta naturaleza cabe citar el Convenio relativo a determinadas cuestiones de economía hidráulica concernientes al Drava, entre Yugoslavia y Austria, de 25 de mayo de 1954 (art. 4)[280]. Otros convenios similares son el Tratado de Bayona de 1866 (Tratado de límites entre España y Fran-

[277] Los «Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados», aprobados por el Grupo de Trabajo de expertos sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados y adoptados por el Consejo de Administración del PNUMA en 1978 (decisión 6/14, de 19 de mayo de 1978), definen la expresión «afectar sensiblemente», aclarando que «se refiere a todos los efectos apreciables sobre un recurso natural compartido y excluye los efectos *de minimis*» PNUMA, *Derecho Ambiental, Líneas Directrices y Principios, N° 2, Recursos naturales compartidos* (Nairobi, 1978)

[278] Véanse el párr 2 del art 15, el art 16 y el párrafo 1 del art 19 *infra*

[279] El tercer informe del anterior Relator Especial contiene un análisis de estos instrumentos y documentos (véase nota 199 *supra*), párrs 63 a 87 y anexo II

[280] Véase nota 178 *supra*

cia) y su Acta adicional[281] (artículo XI del Acta); la Convención relativa al estatuto del río Senegal, de 1972 (art. 4); la Convención sobre la protección del lago de Constanza contra la contaminación (Baden-Württemberg, Baviera, Austria y Suiza) (art. 1, párr. 3); el Tratado sobre las aguas del Indo[282] (art. 7, párr. 2); y la Convención relativa al aprovechamiento de fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados, de 9 de diciembre de 1923 (art. 4).

7) En varios acuerdos se prevén la notificación y el intercambio de información con respecto a nuevos proyectos o usos mediante un mecanismo institucional establecido para facilitar la gestión de un curso de agua. Un ejemplo lo constituye el Estatuto del río Uruguay, de 1975[283], concertado por la Argentina y el Uruguay, que contiene disposiciones detalladas sobre los requisitos de notificación, el contenido de la notificación, el plazo para presentar objeciones y el procedimiento aplicable en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre el proyecto propuesto[284]. Entre los acuerdos que regulan la notificación de las medidas proyectadas por medio de un órgano conjunto cabe citar también el régimen del río Níger[285] y el Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo, entre la Argentina y el Uruguay, de 19 de noviembre de 1973[286] (art. 17).

8) En el laudo arbitral dictado en el asunto del *Lac Lanoux*[287] se hace amplia referencia a la cuestión de la notificación sobre las medidas proyectadas. Entre las conclusiones pertinentes del tribunal arbitral cabe destacar las siguientes: *a*) por lo menos en el contexto de los hechos del caso, el derecho internacional no exige un previo acuerdo entre el Estado ribereño del curso superior y el Estado ribereño del curso inferior respecto de un uso nuevo proyectado, sino que se recurre «preferentemente a soluciones menos extremas, limitándose a obligar a los Estados a que celebren negociaciones para llegar a un acuerdo, pero sin subordinar a la conclusión de éste el ejercicio de sus soberanías respectivas»[288]; *b*) conforme a las tendencias entonces corrientes en la práctica internacional respecto del aprovechamiento hidroeléctrico, «es preciso tener en cuenta, cualquiera que sea su naturaleza, todos los intereses susceptibles de ser afectados por las obras emprendidas, aun en el caso de que no estén protegidos por un derecho»[289]; *c*) «el Estado del curso superior tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto sea compatible con la defensa de sus intereses propios, y de demostrar que a ese respecto hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios»[290]; *d*) existe una «íntima relación entre la obligación de tener en cuenta en el curso de las negociaciones los intereses de la otra parte, por un lado, y la obligación de proteger estos intereses de forma razonable en la solución elegida, por otro»[291]. Francia, en efecto, había consultado con España antes de iniciar el proyecto de desviación en litigio, en atención a la reclamación de España de que tenía derecho a la notificación previa en virtud del artículo 11 del Acta adicional al Tratado de Bayona, de 1866[292].

9) En diversas declaraciones y resoluciones aprobadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales se reconoce la necesidad de la notificación previa de las medidas proyectadas. En la recomendación 51 del Plan de Acción para el Medio Humano, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en 1972[293], figura, en el apartado *b*, i), el siguiente principio relativo a la notificación de nuevos usos proyectados:

> Que los países acuerden que cuando se trate de llevar a cabo actividades importantes relativas a los recursos hidráulicos que puedan tener considerables efectos ambientales en otro país, ese hecho deberá notificarse al otro país mucho antes de que den comienzo las actividades previstas,

10) La Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos había aprobado anteriormente la Declaración de Montevideo[294], que prevé no sólo la notificación anticipada de obras proyectadas sino también el consentimiento previo respecto de alteraciones que pudieran resultar perjudiciales[295]. Como ejemplos de disposiciones análogas cabe citar el «Principio de información y consulta», anexo a los «Principios relativos a la contaminación transfronteriza» aprobados por el Consejo de la OCDE en 1974[296] y las recomendaciones sobre «coope-

---

[281] Véase nota 195 *supra* Las disposiciones pertinentes del Acta adicional figuran en. Naciones Unidas, *Recueil* (nota 191 *supra*), págs 288 a 290 y pág 314, párr 21, un resumen figura en el documento A/5409, págs 180 a 182, párrs 895 a 902 Este acuerdo fue interpretado y aplicado en el asunto del *Lac Lanoux (ibid)*

[282] Véase nota 178 *supra*

[283] Véanse los artículos 7 a 12 del Estatuto [Uruguay, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Actos Internacionales, Uruguay-Argentina, 1830-1980* (Montevideo, 1981), pág 593]

[284] Véanse también el capítulo XV del Estatuto (art 60), que se refiere a la solución judicial de controversias, y el capítulo XIV (arts 58 y 59), donde se prevé un procedimiento de conciliación

[285] Véanse el artículo 4 del Acta relativa a la navegación y la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger y el artículo 12 del Acuerdo sobre la Comisión del río Níger y sobre la navegación y transporte por el río Níger

[286] Entró en vigor el 12 de febrero de 1974 [Instituto para la Integración de América Latina, *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, vol. VII, N ° 15, marzo de 1974, pág 225, *International Legal Materials*, Washington (D C), vol XIII, N ° 3, 1974, pág 251, resumido en documento A/CN 4/274, págs 324 y ss , párrs 115 a 130]

[287] Véase nota 191 *supra*

[288] Párrafo 11 (tercer apartado) de la sentencia, documento A/5409, pág 209, párr. 1065.

[289] Párrafo 22 (segundo apartado) de la sentencia *(ibid)*, pág 210, párr 1068

[290] Párrafo 22 (tercer apartado) de la sentencia *(ibid)*

[291] Párrafo 24 (penúltimo apartado) de la sentencia *(ibid)*

[292] Véase nota 195 *supra*

[293] Véanse notas 213 y 214 *supra*

[294] Véase nota 211 *supra*

[295] Véanse los párrafos 6 a 8 de la Declaración En el párrafo 9 de la Declaración se prevé el arreglo de cualesquiera divergencias que no se hubieren podido resolver por la vía diplomática, la conciliación y, en última instancia, el procedimiento de cualquiera de los Tratados o Convenciones multilaterales vigentes en América Debe observarse que Bolivia y Chile reconocieron que la Declaración estipulaba obligaciones aplicables a la controversia entre ambos Estados sobre el río Lauca [véase Consejo de la OEA, documentos OEA/Ser G/VI, C/INF 47 (15 y 20 de abril de 1962) y OEA/Ser G/VI, C/INF 50 (19 de abril de 1962)]

[296] Recomendación C(74)224, aprobada por el Consejo de la OCDE el 14 de noviembre de 1974 (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, París, 1986, pág 163)

ración regional» aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua en 1977[297].

11) En diversos estudios realizados por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales de carácter internacional pueden hallarse también disposiciones sobre notificación de las medidas proyectadas[298].

12) Contienen disposiciones sobre notificación previa de las medidas proyectadas, por ejemplo, el proyecto de convención revisado sobre el uso industrial y agrícola de ríos y lagos internacionales, aprobado por el Comité Jurídico Interamericano en 1965[299] (especialmente arts. 8 y 9); el proyecto de propuestas revisado presentado al Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano en 1973 por su Subcomité encargado de estudiar el derecho de los ríos internacionales[300] (especialmente el párrafo 2 de la propuesta IV y la propuesta X); la resolución sobre el «Uso de las aguas internacionales no marítimas (excluida la navegación)» aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 1961[301] (arts. 4 a 9); la resolución sobre el uso de los ríos internacionales aprobada por la Federación Interamericana de Abogados en su Décima Conferencia, en 1957[302] (párr. I.3); las Normas de Helsinki aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966[303] (art. XXIX); los artículos sobre «Regulación del caudal de los cursos de aguas internacionales» aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en 1980[304] (arts. 7 y 8); las Normas sobre la contaminación del agua en una cuenca hidrográfica internacional, aprobadas por la Asociación en 1982[305] (arts. 5 y 6, véase también el art. 3); y los «Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados», aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA en 1978[306] (Principios 6 y 7).

13) El anterior análisis de las fuentes tiene carácter exclusivamente ilustrativo, pero pone de manifiesto la importancia que los Estados y los órganos especializados atribuyen al principio de la notificación previa de las medidas proyectadas. Los procedimientos que han de seguirse tras la notificación conforme al artículo 12 son objeto de los artículos 13 a 17.

Artículo 13.—Plazo para responder a la notificación

A menos que se hubiere acordado otra cosa:

***a*) El Estado del curso de agua que haga la notificación a que se refiere el artículo 12 dará a los Estados a los que se haga esa notificación un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas y comunicarle sus conclusiones;**

***b*) Ese plazo se prorrogará, a petición de uno de los Estados destinatarios de la notificación al que la medida proyectada cause dificultades especiales, por un período que no excederá de seis meses.**

Comentario

1) El envío de una notificación en virtud del artículo 12 tiene dos efectos, que se regulan en los artículos 13 y 14. El primero, objeto del artículo 13, es que empieza a correr el plazo para responder a la notificación. El segundo efecto, objeto del artículo 14, es que nacen para el Estado que hace la notificación las obligaciones especificadas en ese artículo.

2) Para conocer plenamente los efectos del artículo 13 es necesario hacer una breve referencia a las disposiciones de varios artículos ulteriores. El apartado *a* del artículo 13 ofrece al Estado o Estados a los que se haga la notificación un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas. El apartado *b* del artículo 13 reconoce que en casos excepcionales un Estado al que se ha hecho la notificación puede necesitar más tiempo para responder. El Estado que desee esa prórroga deberá mencionar las «dificultades especiales» que hacen necesaria la prórroga. Durante el período para responder a la notificación, el artículo 14 impone al Estado que hizo la notificación, entre otras cosas, que no proceda a la ejecución de sus planes sin el consentimiento del Estado que recibió la notificación. En todo caso, el párrafo 1 del artículo 15 exige al Estado al que se ha hecho la notificación que responda lo antes posible teniendo en cuenta de buena fe los intereses del Estado notificante en proceder a ejecutar sus planes. Por supuesto, el Estado al que se ha hecho la notificación puede responder después de transcurrido el plazo aplicable, pero esa respuesta no puede surtir el efecto de impedir que el Estado notificante proceda a ejecutar sus planes, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 16. Este artículo autoriza al Estado notificante a iniciar la ejecución si no recibe respuesta en el plazo de seis meses.

3) La Comisión examinó la posibilidad de utilizar una norma general para la determinación del plazo de respuesta, tal como «un plazo razonable»[307], en lugar de un plazo fijo como el de seis meses[308]. No obstante, la Co-

---

[297] Véase, especialmente, la recomendación 86 *g* (nota 215 *supra*)

[298] Las disposiciones pertinentes de los instrumentos citados se presentan *in extenso* en el tercer informe del anterior Relator Especial (véase nota 199 *supra*), párrs 81 a 87

[299] *Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre la labor realizada durante la reunión de 1965* (OEA/Ser I/VI 1, CIJ-83), Washington (D C), Unión Panamericana, 1966, págs 7 a 10, texto reproducido parcialmente en documento A/CN 4/274, págs 381 y 382, párr 379

[300] Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, *Report of the Fourteenth Session held at New Delhi* (véase nota 220 *supra*), págs 99 y ss

[301] Véase nota 184 *supra*

[302] Federación Interamericana de Abogados, *Actuaciones de la Décima Conferencia, Buenos Aires (ibid)*

[303] Véase nota 184 *supra*

[304] Para el texto de los artículos, con introducción y comentario del Relator, E J Manner, véase ILA, *Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 1980*, Londres, 1982, págs 362 y ss La expresión «regulación» se define en el artículo 1 como las

«medidas permanentes destinadas a controlar, moderar, aumentar o modificar el caudal de las aguas de un curso de agua internacional para cualquier finalidad, dichas medidas pueden incluir el embalse, vertimiento y desvío del agua mediante presas, embalses, diques y canales »

[305] Véase nota 256 *supra* El ILA ha publicado otros estudios sobre este tema Véanse, por ejemplo, las Normas de derecho internacional aplicables a la contaminación transfronteriza, aprobadas también en la Conferencia de Montreal en 1982 (art 3, párr 1)

[306] Véase nota 277 *supra*

[307] Entre los instrumentos que utilizan este tipo de norma figuran la resolución de Salzburgo (véase nota 184 *supra*), art 6, y las Normas de Helsinki *(ibid)*, art XXIX, párr 3

[308] Un instrumento en el que se emplea un plazo de seis meses es el Estatuto del río Uruguay, de 1975 (véase nota 283 *supra*), art 8

misión llegó a la conclusión de que un plazo fijo, aunque necesariamente un tanto arbitrario, redundaría en definitiva en beneficio de ambos Estados, el que hace la notificación y el que la recibe. Una norma general sería más flexible y adaptable a diferentes situaciones, pero su naturaleza incierta podría al mismo tiempo originar controversias entre los Estados interesados. Todas estas consideraciones ponen de manifiesto la necesidad de que los Estados del curso de agua se pongan de acuerdo sobre un plazo apropiado al caso de que se trate, habida cuenta de todos los hechos y circunstancias pertinentes. En realidad, la cláusula inicial del artículo 13, «A menos que se hubiere acordado otra cosa:», tiene por objeto subrayar que en cada caso los Estados pueden convenir en un plazo adecuado y son instados a hacerlo. El plazo de seis meses para la respuesta y su eventual prórroga por otro plazo de hasta seis meses previstos en el artículo 13 son, pues, supletorios y sólo se aplican en ausencia de acuerdo entre los Estados interesados con respecto a otro plazo.

Artículo 14.—Obligaciones del Estado notificante durante el plazo de respuesta

Durante el plazo a que se refiere el artículo 13, el Estado notificante cooperará con los Estados a los que se haga la notificación facilitándoles, cuando se lo pidan, cualesquiera otros datos e información adicionales de que disponga y que sean necesarios para una evaluación precisa, y no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas sin el consentimiento de los Estados a los que se haga la notificación.

Comentario

1) Como indica su título, el artículo 14 trata de las obligaciones del Estado notificante durante el plazo especificado en el artículo 13 para responder a una notificación efectuada con arreglo al artículo 12. Estas obligaciones son dos. La primera es la obligación de cooperar, que toma la forma específica del deber de facilitar al Estado o Estados a los que se ha hecho la notificación, previa solicitud, «cualesquiera otros datos e información adicionales de que disponga y que sean necesarios para una evaluación precisa» de los posibles efectos de las medidas proyectadas. Esos datos e información serían «adicionales» a los que ya se hubieran facilitado en virtud del artículo 12. El significado de la expresión «de que disponga» se examina en el párrafo 5 del comentario al artículo 12.

2) La segunda obligación del Estado notificante en virtud del artículo 14 es no ejecutar ni permitir «la ejecución de las medidas proyectadas sin el consentimiento de los Estados a los que se haga la notificación». La frase «no ejecutará ni permitirá la ejecución» se examina en el párrafo 3 del comentario al artículo 12 y tiene el mismo significado que en ese artículo. Quizá huelga decir que esta segunda obligación es un elemento necesario de los procedimientos previstos en la tercera parte del proyecto puesto que esos procedimientos tienen por objeto mantener un estado de cosas caracterizado por la expresión «utilización equitativa», con arreglo al significado del artículo 5. Si el Estado notificante procediera a la ejecución antes de que el Estado al que se haya hecho la notificación haya tenido la oportunidad de evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas e informar al Estado notificante de sus conclusiones, este Estado no tendría a su disposición toda la información que necesitaría para poder cumplir los artículos 5 a 7. El deber de no proceder a la ejecución tiene por objeto, pues, ayudar a los Estados del curso de agua a cerciorarse de que las medidas que proyectan no serán incompatibles con las obligaciones que les imponen los artículos 5 y 7.

Artículo 15.—Respuesta a la notificación

1. Los Estados a los que se haya hecho la notificación comunicarán lo antes posible sus conclusiones al Estado notificante.

2. El Estado al que se haya hecho la notificación, si llegare a la conclusión de que la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las disposiciones de los artículos 5 ó 7, comunicará al Estado notificante, dentro del plazo aplicable a tenor del artículo 13, esa conclusión, a la que acompañará una exposición documentada de las razones en que aquélla se funde.

Comentario

1) El artículo 15 se refiere a las obligaciones del Estado o los Estados a los que se haya hecho la notificación con respecto a sus respuestas a la notificación prevista en el artículo 12. Al igual que en el caso del artículo 14, las obligaciones son dos. La primera, contenida en el párrafo 1, es que el Estado notificado comunique al Estado notificante «lo antes posible» las conclusiones relativas a los probables efectos de las medidas proyectadas. Como se explica en el párrafo 2 del comentario al artículo 13, esta comunicación debe hacerse dentro del plazo de seis meses fijado en el artículo 13 o, en el caso de que el Estado notificado haya solicitado una prórroga para contestar debido a circunstancias especiales, deberá hacerlo dentro del plazo prorrogado, de seis meses como máximo, a fin de tener derecho a solicitar una nueva suspensión de la ejecución en virtud del párrafo 3 del artículo 17. Sin embargo, si el Estado notificado completa su evaluación en menos de seis meses, o en menos de los seis meses adicionales cuando se solicite una prórroga, el párrafo 1 del artículo 15 le obligaría a informar inmediatamente sus conclusiones al Estado notificante. La conclusión de que las medidas proyectadas serían compatibles con los artículos 5 y 7 pondría fin a los procedimientos en virtud de la tercera Parte del proyecto y el Estado notificante podría proceder sin demora a ejecutar sus planes. No obstante, aun cuando se llegase a la conclusión contraria, la pronta comunicación de esa conclusión al Estado notificante permitiría aplicar con más rapidez los procedimientos aplicables conforme al artículo 17.

2) El *párrafo 2* trata la segunda obligación de los Estados a los que se ha hecho la notificación. Pero esta obligación sólo nace con respecto a un Estado al que se haya hecho la notificación que llegue «a la conclusión de que

la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las disposiciones de los artículos 5 ó 7». Es decir, la obligación es resultado de la conclusión de que la ejecución de los planes supondría el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 5 o en el artículo 7. (Como se indica en el párrafo 3 del comentario al artículo 12, el término «ejecución» se aplica a las medidas proyectadas por particulares así como a las proyectadas por el propio Estado.) El párrafo 2 del artículo 15 exige al Estado que haya recibido la notificación y que haya llegado a esa conclusión, que presente al Estado notificante, dentro del plazo de seis meses fijado en el artículo 13, una exposición que explique tal conclusión. Esa exposición debe ser «documentada», es decir debe estar apoyada en una indicación de los fundamentos de hecho o de otro tipo de la conclusión y deben incluirse en ella las razones por las cuales el Estado notificado ha llegado a la conclusión de que la ejecución de las medidas proyectadas violaría los artículos 5 y 7[309]. Se ha utilizado la palabra «sería» en lugar de otros términos, como «podría ser», para indicar que el Estado notificado debe llegar a la conclusión de que la violación de los artículos 5 ó 7 es más que una mera posibilidad. La razón de que estos requisitos sean tan estrictos es que una comunicación como la descrita en el párrafo 2 permite a un Estado al que se haya hecho la notificación solicitar, en cumplimiento del párrafo 3 del artículo 17, una nueva suspensión de la aplicación de las medidas proyectadas de que se trate. Este efecto de la comunicación justifica los requisitos del párrafo 2 de que el Estado notificado dé pruebas de su buena fe demostrando que ha llevado a cabo una evaluación seria y meditada de los efectos de las medidas proyectadas.

Artículo 16.—Falta de respuesta a la notificación

1. El Estado notificante, si no recibe dentro del plazo aplicable a tenor del artículo 13 ninguna de las comunicaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 15, podrá iniciar, sin perjuicio de las obligaciones que le incumban a tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 7, la ejecución de las medidas proyectadas, de conformidad con la notificación y cualesquiera otros datos e información suministrados a los Estados a los que se haya hecho la notificación.

2. Podrán deducirse de toda reclamación de indemnización de un Estado al que se haya hecho la notificación sin que haya formulado respuesta los costos en que haya incurrido el Estado notificante en concepto de medidas adoptadas tras la expiración del plazo de respuesta y que no habría adoptado si el Estado al que se haya hecho la notificación hubiera presentado una objeción dentro del plazo aplicable a tenor del artículo 13.

Comentario

1) El artículo 16 trata de los casos en que el Estado notificante, durante el plazo aplicable a tenor del artículo 13, no recibe comunicación alguna de las previstas en el párrafo 2 del artículo 15, es decir una comunicación en la que se concluya que las medidas proyectadas serían incompatibles con las disposiciones de los artículos 5 ó 7, y se proporcione una explicación de dicha conclusión. En tal caso el Estado notificante puede ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas, con sujeción a dos condiciones. La primera es que los planes se ejecuten «de conformidad con la notificación y cualesquiera otros datos e información suministrados a los Estados a los que se haya hecho la notificación» con arreglo a los artículos 12 y 14. La razón de esta condición es que el silencio de un Estado al que se haya hecho la notificación con respecto a las medidas proyectadas sólo puede considerarse como consentimiento tácito en relación con las cuestiones señaladas a su atención. La segunda condición es que la aplicación de las medidas proyectadas sea compatible con las obligaciones del Estado notificante en virtud de los artículos 5 y 7.

2) La idea en que se basa el artículo 16 es que el Estado al que se haya hecho la notificación, si no da una respuesta con arreglo al párrafo 2 del artículo 15 dentro del plazo fijado, entre otras cosas no puede acogerse a los beneficios del régimen de protección establecido en la tercera parte del proyecto. El Estado notificante puede iniciar entonces la ejecución de sus planes, con sujeción a las condiciones mencionadas en el párrafo 1 del presente comentario. Permitir que en tales casos el Estado notificante pueda ejecutar sus proyectos es un importante aspecto del equilibrio que se trata de establecer en los presentes artículos entre los intereses del Estado notificante y el Estado notificado.

3) El objeto del párrafo 2 es evitar que las consecuencias de la falta de respuesta por parte del Estado notificado recaigan por entero en el Estado notificante. Este párrafo surte el efecto de determinar que los costos en que haya incurrido el Estado notificante al llevar adelante sus planes basándose en la falta de respuesta del Estado al que se ha hecho la notificación podrán deducirse de cualesquiera reclamaciones de este último Estado. Se decidió que autorizar expresamente contrarreclamaciones por parte de un Estado notificante (es decir reclamaciones además de las presentadas por el Estado notificado) podría resultar excesivamente oneroso en algunos casos. En el caso sumamente improbable de que haya varios Estados a los que se haya hecho la notificación que no hayan respondido pero que denuncien daños, la deducción tendría que distribuirse entre ellos a prorrata sobre la base de la proporción de sus respectivas reclamaciones.

Artículo 17.—Consultas y negociaciones sobre las medidas proyectadas

1. En caso de que se haga una comunicación de conformidad con el párrafo 2 del artículo 15, el Estado notificante y el Estado autor de la comunicación iniciarán consultas y, si es necesario, negociaciones para llegar a una solución equitativa.

[309] Una obligación similar figura en el artículo 11 del Estatuto del río Uruguay *(ibid.)*, que dispone que la comunicación de la parte notificada deberá precisar cuáles aspectos de la obra o del programa de operación podrán causar un perjuicio sensible al régimen del río o a la calidad de sus aguas, las razones técnicas que permiten llegar a esa conclusión y las modificaciones que sugiere al proyecto o programa de operación.

2. Las consultas y negociaciones se celebrarán con arreglo al principio de que cada Estado debe tener razonablemente en cuenta de buena fe los derechos y los intereses legítimos del otro Estado.

3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado notificante no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas, por un plazo que no excederá de seis meses, si el Estado a que se haya hecho la notificación lo solicita en el momento en que haga la comunicación.

Comentario

1) El artículo 17 trata de los casos en que se ha hecho una comunicación a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15, es decir una comunicación en la que el Estado notificado concluye que «la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las disposiciones de los artículos 5 ó 7».

2) El *párrafo 1* del artículo 17 obliga al Estado notificante a iniciar consultas y, si es necesario, negociaciones con un Estado que haga una comunicación con arreglo al párrafo 2 del artículo 15 «para llegar a una solución equitativa». Algunos miembros estimaron que había una diferencia entre consultas y negociaciones. Por ello se empleó la expresión «si es necesario» para subrayar que las consultas, en caso de efectuarse, podrían a veces resolver las cuestiones y por lo tanto no siempre estarían seguidas de negociaciones. La situación para la que hay que encontrar una solución es la que se produce cuando el Estado al que se haya hecho la notificación concluye de buena fe que la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las obligaciones del Estado notificante en virtud de los artículos 5 y 7. La «solución equitativa» a que se hace referencia en el párrafo 1 puede consistir, por ejemplo, en la modificación de los planes para eliminar sus aspectos potencialmente perjudiciales, el reajuste de otros usos que haga cualquiera de los Estados o la concesión por el Estado notificante de una compensación monetaria o de otra índole aceptable para el Estado al que se haya hecho la notificación. En varios acuerdos internacionales[310] y en decisiones de cortes y tribunales internacionales[311] se prescriben consultas y negociaciones en circunstancias similares. La necesidad de esas consultas y negociaciones se ha reconocido también en diversas resoluciones y estudios de organizaciones intergubernamentales[312] y no gubernamentales internacionales[313].

3) El *párrafo 2* se refiere a la forma en que se han de realizar las consultas y negociaciones previstas en el párrafo 1. La terminología empleada se inspira principalmente en el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Compétence en matière de pêcheries* (Reino Unido *c.* Islandia)[314] y el laudo arbitral en el asunto del *Lac Lanoux*[315]. La cuestión de cómo tienen que celebrarse las consultas y negociaciones también fue abordada por la CIJ en los asuntos del *Plateau continental de la mer du Nord*[316]. La expresión «intereses legítimos» se emplea en el artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados[317] y se utiliza en el presente párrafo 2 para establecer una limitación al alcance del término «intereses».

4) El *párrafo 3* obliga al Estado notificante a suspender la ejecución de las medidas proyectadas por un nuevo plazo máximo de seis meses, pero sólo si así se lo pide el Estado notificado al hacer una comunicación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15. La ejecución de las medidas durante un plazo razonable de consultas y negociaciones no sería compatible con los requisitos de buena fe establecidos en el párrafo 2 del artículo 15 y mencionados en el laudo del *Lac Lanoux*[318]. Por la misma razón, sin embargo, las consultas y negociaciones deben suspender la ejecución sólo por un plazo razonable. Este plazo debe ser objeto de acuerdo entre los Estados interesados, que están en las mejores condiciones para decidir sobre el período apropiado, dadas las circunstancias. En caso de que no puedan llegar a un acuerdo, el párrafo 3 fija un plazo de seis meses. Transcurrido este plazo, el Estado notificante podrá proceder a ejecutar sus planes, siempre con sujeción a las obligaciones que le imponen los artículos 5 y 7.

Artículo 18.—Procedimientos aplicables a falta de notificación

1. Todo Estado del curso de agua que tenga razones graves para creer que otro Estado del curso de

[310] Véanse, por ejemplo, el Convenio de 1954 entre la República Federativa Popular de Yugoslavia y el Gobierno Federal de Austria, relativo a determinadas cuestiones de economía hidráulica concernientes al río Drava (nota 244 *supra*), art. 4; la Convención sobre la protección del lago de Constanza contra la contaminación, art. 1, párr. 3; el Acuerdo de 1964 entre Polonia y la Unión Soviética, relativo a la utilización de los recursos hídricos en las aguas fronterizas (véase nota 175 *supra*), art. 6; el Acuerdo sobre la Comisión del Níger y sobre la navegación y transporte por el Níger, art. 12; y la Convención de 1981 entre Hungría y la Unión Soviética, relativa a cuestiones de economía hidráulica en aguas fronterizas (mencionada en *Environmental Protection and Sustainable Development, Legal Principles and Recommendations*, Graham and Trotman Ltd., Londres, 1987, pág. 106), arts. 3 a 5.

[311] Véase especialmente el laudo arbitral dictado en el asunto del *Lac Lanoux* (nota 191 *supra*). Son pertinentes en general a este respecto varias decisiones dictadas por la CIJ en asuntos relativos al derecho del mar, como los del *Plateau continental de la mer du Nord* (nota 196 *supra*), especialmente págs. 46 a 48, párrs. 85 y 87; y el de la *Compétence en matière de pêcheries* (Reino Unido *c.* Islandia), especialmente págs. 30 y 31, párr. 71, y pág. 33, párr. 78.

[312] Véanse, por ejemplo, el art. 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (nota 250 *supra*); la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General sobre cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados; el «Principio de información y consulta», anexo a los «Principios relativos a la contaminación transfronteriza», aprobados por la OCDE en 1974 (véase nota 296 *supra*); y los «Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados», aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA en 1978 (véase nota 277 *supra*) (Principios 5, 6 y 7).

[313] Véanse, por ejemplo, las resoluciones ya mencionadas aprobadas en Salzburgo en 1961 (nota 184 *supra*) (art. 6) y en Atenas en 1979 *(ibid.)* (art. VII); las Normas de Helsinki aprobadas en 1966 *(ibid.)* (art.VIII) y las Normas de Montreal aprobadas en 1982 (nota 256 *supra*) (art. 6).

[314] Véase nota 196 *supra*.

[315] Véase nota 191 *supra*.

[316] Véanse los párrafos 85 y 87 del fallo.

[317] Véase nota 250 *supra*.

[318] Véase nota 191 *supra*.

agua proyecta tomar medidas que pueden causarle un efecto perjudicial sensible podrá pedir a éste que aplique las disposiciones del artículo 12. La petición irá acompañada de una exposición documentada de sus razones.

2. En caso de que el Estado que proyecte tomar las medidas llegue no obstante a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 12, lo comunicará al otro Estado y le presentará una exposición documentada de las razones en que se funde esa conclusión. Si el otro Estado no está de acuerdo con esa conclusión, los dos Estados iniciarán sin demora, a petición de ese otro Estado, consultas y negociaciones en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17.

3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado que proyecte tomar las medidas no las ejecutará ni permitirá su ejecución, por un plazo que no excederá de seis meses, si el otro Estado lo solicita en el momento en que pida que se inicien las consultas y negociaciones.

Comentario

1) El artículo 18 trata de la situación en que un Estado del curso de agua tiene conocimiento de que otro Estado (o un particular de ese Estado) está proyectando medidas y cree que esas medidas pueden causarle un efecto perjudicial sensible pero no ha recibido notificación alguna al respecto. En tal caso el artículo 18 permite al primer Estado acogerse al régimen de protección previsto en los artículos 12 y siguientes.

2) El *párrafo 1* permite que el «Estado del curso de agua» que se halle en la situación antes descrita pida al Estado que proyecta tomar las medidas de que se trate «que aplique las disposiciones del artículo 12». La expresión «Estado del curso de agua» no excluye la posibilidad de que sean más de uno los Estados que crean que otro Estado proyecta tomar medidas. La frase «que aplique las disposiciones del artículo 12» no ha de interpretarse en el sentido de que el Estado que proyecta tomar las medidas necesariamente incumple sus obligaciones en virtud del artículo 12. Es decir, el Estado puede haber hecho una evaluación de las posibilidades de que las medidas proyectadas causen efectos perjudiciales sensibles en otros Estados del curso de agua y haber llegado de buena fe a la conclusión de que esas medidas no surtirán tales efectos. El párrafo 1 permite que un Estado del curso de agua pida al Estado que proyecta tomar las medidas que reconsidere su evaluación y sus conclusiones y no prejuzga la cuestión de si el Estado que proyecta tomar las medidas inicialmente cumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 12. Para poder hacer tal petición han de cumplirse, no obstante, dos condiciones. La primera es que el Estado solicitante tenga «razones graves para creer» que se está proyectando tomar medidas que pueden causarle un efecto perjudicial sensible. La segunda es que el Estado solicitante presente «una exposición documentada de sus razones». El objeto de estas condiciones es que el Estado solicitante tenga algo más que un temor vago y carente de fundamento. Es necesaria una opinión seria y fundamentada en particular dada la posibilidad de pedir al Estado que proyecta las medidas que suspenda la ejecución de sus planes con arreglo al párrafo 3 del artículo 18.

3) La primera frase del *párrafo 2* trata del caso en que el Estado que proyecta tomar las medidas llegue a la conclusión, después de reexaminar su posición, como se indica en el párrafo 2 del presente comentario, de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 12. En tal situación el párrafo 2 tiene por objeto mantener un justo equilibrio entre los Estados interesados exigiendo que el Estado que proyecta tomar las medidas ofrezca el mismo tipo de justificación de su conclusión que el que se requiere al Estado solicitante en virtud del párrafo 1. La segunda frase del párrafo 2 trata del supuesto de que la conclusión del Estado que proyecta tomar las medidas no satisfaga al Estado solicitante. Exige que en tal situación el Estado que proyecta tomar las medidas inicie sin demora consultas y negociaciones con el otro Estado (o Estados) a petición de este (estos) último(s). Las consultas y negociaciones se han de realizar en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17. Su objeto es lograr «una solución equitativa» y se han de celebrar «con arreglo al principio de que cada Estado debe tener razonablemente en cuenta de buena fe los derechos y los intereses legítimos del otro Estado». Estas frases se han examinado en el comentario al artículo 17.

4) El *párrafo 3* obliga al Estado que proyecta tomar las medidas a abstenerse de ejecutarlas durante un plazo de seis meses, con el fin de hacer posibles las consultas y negociaciones, si así se lo pide el otro Estado en el momento en que solicita consultas y negociaciones a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2. Esta disposición es similar a la que figura en el párrafo 3 del artículo 17, pero en el caso del artículo 18 el plazo empieza a correr a partir del momento de la solicitud de consultas con arreglo al párrafo 2.

Artículo 19.—Ejecución urgente de las medidas proyectadas

1. En caso de que la ejecución de las medidas proyectadas sea de extrema urgencia para proteger la salud y la seguridad públicas u otros intereses igualmente importantes, el Estado que proyecte tomar las medidas podrá, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7, iniciar inmediatamente su ejecución, no obstante lo dispuesto en el artículo 14 y en el párrafo 3 del artículo 17.

2. En tales casos se hará una declaración formal sobre la urgencia de las medidas a los demás Estados del curso de agua a los que se refiere el artículo 12, y se transmitirán a éstos los datos y la información pertinentes.

3. El Estado que proyecte tomar las medidas iniciará sin demora, con cualquiera de los Estados indicados en el párrafo 2 que lo solicite, consultas y negociaciones en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17.

Comentario

1) El artículo 19 trata de las medidas proyectadas cuya aplicación es de extrema urgencia «para proteger la salud y la seguridad públicas u otros intereses igualmente importantes». No trata de situaciones de emergencia, que serán objeto del artículo 28. El artículo 19 se refiere a casos muy excepcionales en los que intereses de extremada importancia exigen que las medidas proyectadas se ejecuten inmediatamente, sin esperar a que expiren los plazos previstos para la respuesta y para las consultas y negociaciones. Disposiciones de este tipo se han incluido en varios acuerdos internacionales[319]. En la formulación del artículo, la Comisión ha procurado evitar las posibilidades de abuso de la excepción que consagra.

2) El *párrafo 1* se refiere a los tipos de intereses de que debe tratarse para que un Estado tenga derecho a proceder a la ejecución en virtud del artículo 19. Esos intereses son de la máxima importancia, tales como la protección de la población del peligro de inundaciones o cuestiones vitales de seguridad nacional. El párrafo 1 contiene también una renuncia a los períodos de espera previstos en el artículo 14 y en el párrafo 3 del artículo 17. El derecho del Estado a proceder a la ejecución queda sujeto no obstante a las obligaciones que le imponen los párrafos 2 y 3 del artículo 19.

3) El *párrafo 2* obliga al Estado que proceda a la ejecución inmediata en virtud del artículo 19 a proporcionar «a los demás Estados del curso de agua a los que se refiere el artículo 12» una declaración formal sobre la urgencia de las medidas, junto con los datos y la información pertinentes. Estos requisitos tienen por objeto facilitar la demostración de la buena fe del Estado que procede a la ejecución y velar por que los otros Estados sean informados del modo más completo posible de los efectos que puedan tener las medidas. Los «demás Estados del curso de agua» son aquellos a los que las medidas pueden causar «un efecto perjudicial sensible» (art. 12).

4) El *párrafo 3* exige que el Estado que proceda a la ejecución inmediata inicie sin demora consultas y negociaciones con los demás Estados cuando éstos lo soliciten. El requisito de que las consultas y negociaciones se realicen en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17 es el mismo que figura en el párrafo 2 del artículo 18 y se examina en el comentario a esa disposición.

[319] Véanse, por ejemplo, el Convenio relativo al arreglo de la cuestión de las aguas y diques de la frontera entre Alemania y Dinamarca, de 10 de abril de 1922 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. X, pág. 200) (art. 29 *in fine*); y la Convención sobre la protección de las aguas del lago de Constanza contra la contaminación, art. 1, párr. 3.

CUARTA PARTE

PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y GESTIÓN

Artículo 20.—Protección y preservación de los ecosistemas

Los Estados del curso de agua protegerán y preservarán, individual o conjuntamente, los ecosistemas de los cursos de agua internacionales.

Comentario

1) El artículo 20, que es el primero de la cuarta parte del proyecto de artículos, establece la obligación general de proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua. La Comisión opina que este artículo, dada la naturaleza general de la obligación en él enunciada, debe figurar antes que otros artículos más específicos de la cuarta parte.

2) Como el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982[320], el artículo 20 enuncia una doble obligación de protección y preservación. Esa doble obligación se refiere a los «ecosistemas de los cursos de agua internacionales», expresión que la Comisión ha utilizado porque es más precisa que el concepto de «medio» de un curso de agua. Este último término podría interpretarse de una manera muy general en el sentido de que se aplica a zonas que «rodean» el curso de agua y que tienen una influencia mínima en la protección y preservación del curso de agua en sí. Además, el término «medio» de un curso de agua puede interpretarse en el sentido de que se refiere sólo a zonas exteriores al curso de agua, lo que evidentemente no es la intención de la Comisión. Por esas razones, la Comisión ha preferido emplear el término «ecosistema», que a su juicio tiene un sentido científico y jurídico más preciso[321]. En general, ese término se refiere a una unidad ecológica integrada por componentes vivos y no vivos que son interdependientes y funcionan como un conjunto[322]. «Todos los componentes de un ecosistema son interdependientes y en ellos nada se pierde realmente.»[323]. Por eso, «una acción exterior que se ejerza sobre uno de ellos puede repercutir en otros y perturbar el equilibrio del conjunto»[324]. Como «la vida en la Tierra depende de los ecosistemas»[325], esa «acción exterior», o injerencia, puede poner en peligro o destruir la capacidad de un ecosistema para funcionar como sistema que posibilita la vida. Huelga decir que las injerencias graves pueden ser, y son muchas veces, un efecto del comportamiento humano. La injerencia del hombre puede perturbar irreversiblemente el equilibrio de los ecosistemas de agua dulce, en particular, impidiendo que sigan haciendo posibles la vida humana y otras formas de vida.

[320] El artículo 192, titulado «Obligación general», dispone: «Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino».

[321] Cabe mencionar a este respecto, en general, los trabajos que está llevando a cabo en este campo la Comisión Económica para Europa: véanse el estudio titulado *Approche écosystémique de la gestion de l'eau* (ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1), y las monografías sobre el río Oulujoki (Finlandia), el lago Mjosa (Noruega), el curso inferior del Rin (Países Bajos) y el embalse de Ivankovskoye (Unión Soviética) (ENVWA/WP.3/R.11/Add.1 y 2).

[322] «Un ecosistema se define generalmente como una unidad espacial de la naturaleza en la que existen interacción y adaptación entre los organismos vivos y el medio no vivo.» (ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1, párr. 9.) El Grupo de Expertos sobre Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el comentario relativo al artículo 3 de sus principios jurídicos y recomendaciones, define los «ecosistemas» como «sistemas de plantas, animales y microorganismos así como los componentes no vivos de su medio ambiente». *Environmental Protection...* (nota 310 *supra*), pág. 45.

[323] *Approche écosystémique...* (véase nota 321 *supra*), párr. 9.

[324] *Ibid.*, párr. 11.

[325] *Ibid.*, párr. 9.

Como se señala en el Plan de mediano plazo de las Naciones Unidas para el período 1992-1997:

> Los ecosistemas de agua dulce y las actividades humanas tienen una interacción cada vez más compleja y son cada vez más incompatibles a medida que avanza el desarrollo socioeconómico Las actividades de aprovechamiento de las cuencas fluviales también pueden tener efectos negativos que conducen a un desarrollo no sostenible, particularmente cuando los recursos hídricos son compartidos por dos o más Estados [ ].[326].

La obligación de proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua internacionales versa sobre este problema, que ya es agudo en algunas partes del mundo y que llegará a serlo en otras a medida que el aumento de la población humana plantee exigencias cada vez mayores en relación con unos recursos hídricos finitos[327].

3) La obligación de «proteger» los ecosistemas de los cursos de agua internacionales es una aplicación específica del requisito establecido en el artículo 5, según el cual los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán el curso de agua internacional de manera compatible con la protección adecuada de éste. Significa, esencialmente, que los Estados del curso de agua están obligados a proteger los ecosistemas de los cursos de agua internacionales contra todo daño. Comprende, pues, la obligación de proteger esos ecosistemas contra un riesgo grave de daño[328]. La obligación de «preservar» los ecosistemas de los cursos de agua internacionales, aun siendo semejante a la de protección, se aplica en particular a los ecosistemas de agua dulce que se hallan en su situación prístina o incólume. Exige que se protejan esos ecosistemas de manera que se mantengan en lo posible en su estado natural. Conjuntamente, la protección y preservación de los ecosistemas acuáticos contribuyen a salvaguardar su viabilidad como sistemas que hacen posible la vida, sirviendo así de base indispensable de un desarrollo sostenible[329].

4) El artículo 20, al disponer que los Estados del curso de agua han de tomar medidas «individual o conjuntamente», reconoce que en algunos casos será necesario y apropiado que los Estados del curso de agua cooperen, de manera equitativa, para proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua internacionales. El requisito que establece el artículo 20 de que los Estados del curso de agua actúen «individual o conjuntamente» tiene, pues, que interpretarse en el sentido de que hay que tomar, cuando proceda, medidas conjuntas de cooperación y de que tales medidas han de adoptarse de manera equitativa. Por ejemplo, generalmente será apropiado tomar medidas conjuntas en el caso de cursos de agua contiguos o cursos de agua cuya ordenación y aprovechamiento se lleven a cabo tomando dichos cursos de agua como un todo único. Lo que hay que entender por medidas adoptadas de manera equitativa, por supuesto, dependerá de las circunstancias[330]. Los factores que han de tenerse en cuenta a este respecto son la medida en que los Estados del curso de agua de que se trata han contribuido a crear el problema y el grado en que se benefician de su solución. No hay que considerar, por supuesto, que la obligación de participar equitativamente en la protección y preservación de los ecosistemas de un curso de agua internacional implique la obligación de reparar o tolerar el daño resultante de la violación por otro Estado del curso de agua de las obligaciones que le incumben en virtud del proyecto de artículos[331]. Pero la obligación general de participación equitativa exige que las contribuciones de los Estados del curso de agua a las actividades conjuntas de protección y preservación sean proporcionales, por lo menos, al grado en que hayan contribuido a crear el riesgo de daño o el daño para los ecosistemas de que se trate. Finalmente, se recordará que el artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, también establece que se tomen medidas «individual o conjuntamente», en ese caso con respecto a la contaminación del medio marino.

5) Se encuentran numerosos precedentes de la obligación enunciada en el artículo 20 en la práctica de los Estados y las actividades de las organizaciones internacionales. En los párrafos siguientes se mencionan algunos ejemplos de esas fuentes[332].

6) Diversos acuerdos contienen disposiciones relativas a la protección de los ecosistemas de los cursos de agua internacionales. Por ejemplo, en el estatuto del río Uruguay, de 1975, la Argentina y el Uruguay convienen en coordinar, por medio de una comisión creada en virtud del acuerdo, «las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el río y sus áreas de influencia»[333]. Las partes pactan, además, «la adopción de medidas para reglamentar las actividades de pesca en el río con miras a la conservación y preservación de los recursos vivos»[334], y «proteger y preservar el medio acuáti-

---

[326] Plan de mediano plazo para el período 1992-1997, con las revisiones introducidas por la Asamblea General en su cuadragésimo séptimo período de sesiones, *Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 6* (A/47/6/Rev 1), vol I, Programa principal IV, Cooperación económica internacional para el desarrollo, Programa 16, Medio ambiente, pág 226, párr 16 25

[327] Véase, por ejemplo, «Water the finite resource», *IUCN Bulletin*, vol 21, N ° 1, marzo de 1990, pág 14

[328] La obligación de proteger los ecosistemas de los cursos de agua internacionales es, por lo tanto, una aplicación del principio general de acción preventiva, examinado en la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono

[329] Es pertinente a este respecto la siguiente observación que figura en el Plan de mediano plazo para el período 1992-1997 (véase nota 326 *supra*)

> «El mantenimiento de la diversidad biológica, que abarca todas las especies de plantas, animales y microorganismos, y los ecosistemas de que forman parte, es un elemento principal del mantenimiento del desarrollo sostenible» (pág 220, párr 16 8)

[330] Véanse de una manera general *supra* los comentarios relativos a los artículos 5 y 6 Por ejemplo, el párrafo 1 del comentario al artículo 6, en relación con la obligación de utilización equitativa y razonable enunciada en el artículo 5, dice lo siguiente.

> «Dicha norma es necesariamente general y flexible y requiere, para su debida aplicación, que los Estados tengan en cuenta factores concretos relativos al curso de agua internacional de que se trate así como las necesidades y usos de los Estados del curso de agua interesados Así pues, lo que hay que entender por utilización equitativa y razonable en cada caso dependerá de la ponderación de todos los factores y circunstancias pertinentes »

[331] Así, por ejemplo, el Estado A no estará obligado a reparar el daño apreciable que haya sufrido exclusivamente de resultas del comportamiento del Estado B

[332] Para un examen más detallado de las fuentes pertinentes, véanse el cuarto informe del anterior Relator Especial (nota 265 *supra*), párrs 28 a 86, y el tercer informe del segundo Relator Especial (nota 203 *supra*), párrs 243 a 336

[333] Estatuto del río Uruguay (nota 283 *supra*), art 36

[334] *Ibid*, art 37

co...»[335]. Análogamente, cabe hacer referencia a la Convención relativa al estatuto del río Gambia, de 1978, al Acta relativa a la Navegación y la Cooperación Económica entre los Estados de la Cuenca del Níger, de 1963, y al Convenio entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos, de 1978[336].

7) Varios acuerdos anteriores tenían por objeto la protección de los peces y de la pesca[337]. Un ejemplo es el Convenio entre Francia y Suiza para reglamentar la pesca en las aguas limítrofes, de 1904[338]. Otros acuerdos amparan efectivamente los ecosistemas de los cursos de agua internacionales al proteger sus aguas contra la contaminación, entre ellos el Tratado entre la Unión Soviética y el Afganistán relativo al régimen de la frontera soviético-afgana, de 1958[339], y la Convención entre la República Federal de Alemania, Francia y Luxemburgo sobre la canalización del Mosela, de 1956.

8) La necesidad de proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua internacionales también se reconoce en la labor de las organizaciones, conferencias y reuniones internacionales. El Acta de Asunción, aprobada en la IV Reunión Ordinaria de los Cancilleres de los Países de la Cuenca del Plata, en 1971, alude a «la existencia de importantes problemas de salud en el área geográfica de la cuenca del Plata, que caracterizan relaciones ecológicas y que inciden desfavorablemente en el desarrollo socioeconómico de la región», y señala «la relación que con esa problemática de salud posee el recurso hídrico, en cuanto se refiere a su calidad y cantidad»[340]. El Acta también menciona

> la necesidad de ejercer un control sobre la contaminación de las aguas manteniendo en lo posible sus cualidades naturales, como parte integral de una política de conservación y utilización de los recursos hídricos de la cuenca...[341].

Entre las decisiones aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata en 1977, figura una recomendación titulada «Medio ambiente, salud y lucha contra la contaminación», que dice:

> Es preciso evaluar las consecuencias que las distintas utilizaciones del agua tienen en el medio ambiente, apoyar las medidas encaminadas a controlar las enfermedades relacionadas con el agua y proteger los ecosistemas[342].

9) Además de los instrumentos relativos a la protección y preservación de los ecosistemas de los cursos de agua internacionales, diversos acuerdos, resoluciones, declaraciones y otros instrumentos reconocen la importancia de proteger y preservar el medio ambiente en general o los ecosistemas distintos de los de los cursos de agua en particular. Los convenios relativos al medio ambiente en general comprenden, entre otros, el Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, de 1968[343], y el Acuerdo de la ASEAN sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales, de 1985[344]. Ya se ha mencionado la obligación análoga de «proteger y preservar el medio marino» enunciada en el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, a la que sirven de complemento diversos acuerdos más específicos relativos a la protección del medio ambiente marino[345]. Por otra parte, el principio de las medidas preventivas recogido en el artículo 20 ha hallado expresión en diversos acuerdos y otros instrumentos internacionales[346]. Asimismo son de interés general, como

---

[335] *Ibid.*, art. 41.

[336] Art. II [*United States Treaties and Other International Agreements, 1978-79*, vol. 30, 2.ª parte, United States Government Printing Office, Washington (D.C.), 1980, N.º 9257, pág. 1383].

[337] Acta Final de la Delimitación de la Frontera Internacional de los Pirineos entre España y Francia, 1868, sección I, cláusula 6 (*Textes législatifs...*, tratado N.º 186, págs. 674 y 676, resumido en el documento A/5409, págs. 192 y 193, párrs. 979 y 980, apartado *c*). Véanse asimismo, por ejemplo, el Convenio de 1887 entre Suiza y el Gran Ducado de Baden y Alsacia-Lorena (*Textes législatifs...*, tratado N.º 113, art. 10, pág. 397); el Convenio entre Italia y Suiza de 1906 sobre la pesca en las aguas limítrofes (*Textes législatifs...*, tratado N.º 230, art. 12, párr. 5, pág. 839, resumido en el documento A/5409, págs. 145 y 146, párrs. 633 a 642).

[338] *Textes législatifs...*, tratado N.º 196, pág. 701, arts. 6, 11 y 17.

[339] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 321, pág. 166.

[340] Véase documento A/CN.4/274, pág. 350, párr. 326, Resolución N.º 15.

[341] *Ibid.*, resolución N.º 23.

[342] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua...* (véase nota 215 *supra*), pág. 25.

[343] Véanse en especial el artículo II, «Principio fundamental», en el que las partes «se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar la conservación, utilización y mejora del suelo, el agua, la flora y los recursos de la fauna», teniendo en cuenta la necesidad de mantener los procesos ecológicos esenciales; y el artículo V, «Agua y aire», en el que las partes convienen en «adoptar y aplicar políticas destinadas a mantener los procesos ecológicos esenciales del aire y el agua...».

[344] Adoptado el 7 de septiembre de 1985 por Brunei Darusalam, Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia. Véanse especialmente el artículo 1, «Principio fundamental», en el que las partes se comprometen a tomar «las medidas necesarias para mantener los procesos ecológicos esenciales y los sistemas de mantenimiento de la vida...», y el artículo 8, titulado «Agua», en el que las partes reconocen «el papel del agua en el funcionamiento de los ecosistemas naturales...» y convienen en esforzarse por asegurar un abastecimiento de agua suficiente «para, entre otras cosas, la conservación de los sistemas de la vida natural y la fauna y flora acuáticas...».

Véanse asimismo, por ejemplo, la Convención de Washington para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América; la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural; la Convención relativa a la Conservación de la Fauna y la Flora y del Medio Ambiente Natural de Europa; y el Convenio para la Protección de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente en la Región del Pacífico Sur.

[345] Véanse, por ejemplo, la Convención relativa a la Cooperación en materia de Protección y Aprovechamiento del Medio Marino y las Zonas Costeras de la Región del África occidental y central; el Convenio de 1974 para la Prevención de la Contaminación Marina de Origen Terrestre; el Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico; el Convenio para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación y su Protocolo de 1980; y el Convenio regional de Kuwait para la cooperación en materia de protección del medio marino contra la contaminación.

[346] El principio de las medidas preventivas ha sido aplicado, en especial, en instrumentos relativos a la capa de ozono y a la contaminación marina de origen terrestre. Por lo que respecta a la capa de ozono, véanse la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985 y su Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono. Por lo que hace a la contaminación marina de origen terrestre y otras formas de contaminación de los mares, véanse, por ejemplo, la decisión 15/27 aprobada por el Consejo de Administración del PNUMA en su 15.º período de sesiones, el 25 de mayo de 1989, titulada «Criterio preventivo en relación con la contaminación de los mares, incluido el vertimiento de desechos en el mar», *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo*

prueba del reconocimiento por los Estados de la necesidad de proteger los procesos ecológicos esenciales, las múltiples declaraciones y resoluciones concernientes a la preservación del medio ambiente. Entre ellas, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972[347], la resolución de la Asamblea General, de 1982, sobre la Carta Mundial de la Naturaleza, la Declaración de la Amazonia, de 1989[348], el proyecto americano de Declaración sobre el Medio Ambiente, de 1989[349], la Declaración sobre la Conservación de la Flora, de la Fauna y de su Hábitat, de la CEPE, de 1988[350], la Declaración Ministerial de Bergen sobre el Desarrollo Sostenible en la Región de la CEPE, de 1990[351], y la Declaración de La Haya sobre el Medio Ambiente, de 11 de marzo de 1989[352]. La importancia de mantener «el equilibrio ecológico»[353] en la explotación de los recursos naturales y de «tomar en consideración los ecosistemas»[354] para la protección de la calidad del agua se ha reconocido también en instrumentos adoptados en el marco de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE). Por último, la labor realizada por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[355] y su Grupo de Expertos sobre Derecho Ambiental[356] también hace hincapié en que el mantenimiento de los ecosistemas y los procesos ecológicos conexos es indispensable para el logro de un desarrollo sostenible[357].

Artículo 21.—Prevención, reducción y control de la contaminación

1. A los efectos de este artículo, se entiende por «contaminación de un curso de agua internacional» toda alteración nociva de la composición o calidad de las aguas de un curso de agua internacional que resulte directa o indirectamente de un comportamiento humano.

2. Los Estados del curso de agua prevendrán, reducirán y controlarán, individual o conjuntamente, la contaminación de un curso de agua internacional que pueda causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente, incluidos los daños a la salud o la seguridad humanas, a la utilización de las aguas con cualquier fin útil o a los recursos vivos del curso de agua. Los Estados del curso de agua tomarán disposiciones para armonizar su política a este respecto.

3. Los Estados del curso de agua celebrarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas con el propósito de confeccionar listas de sustancias cuya introducción en las aguas de un curso de agua internacional haya de ser prohibida, limitada, estudiada o vigilada.

Comentario

1) El artículo 21 establece la obligación fundamental de prevenir, reducir y controlar la contaminación de los cursos de agua. Comprende tres párrafos, en el primero de los cuales se define el término «contaminación», mientras que en el segundo se enuncia la obligación antes mencionada y en el tercero se establece un procedimiento para confeccionar de común acuerdo listas de sustancias peligrosas que deben estar sujetas a controles especiales.

2) El *párrafo 1* contiene una definición general del término «contaminación», en el sentido en que ese término se emplea en el presente proyecto de artículos. Aunque

cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 25 (A/44/25), pág. 164, y las Declaraciones Ministeriales de la Segunda y Tercera Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte (Londres, 24 y 25 de noviembre de 1987, y La Haya, 8 de marzo de 1990, respectivamente) (véase *The North Sea: Legal Documents on Regional Environmental Co-operation*, D. Freestone et T. Ijlstra, eds., Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1991, págs. 40 y 3, respectivamente). Las Declaraciones Ministeriales establecen que el principio de prevención entraña la adopción de medidas para evitar las consecuencias potencialmente nocivas de las sustancias peligrosas (es decir las que son persistentes, tóxicas o bioacumulativas) «incluso antes de que la existencia de un nexo causal [entre las emisiones y los efectos] haya sido demostrada mediante pruebas científicas inequívocas».

[347] Véase nota 213 *supra*. Véanse en especial los Principios 2 a 5 y 12.

[348] A/44/275-E/1989/79, anexo.

[349] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Informes y Recomendaciones*, vol. XXI, 1989, documento CJI/RES.II-10/89.

[350] Aprobada por la Comisión Económica para Europa en su 43.° período de sesiones, en 1988, decisión E (43) (E/ECE/1172 y E/ECE/ENVWA/6). En esta Declaración, los gobiernos de la CEPE convienen, en particular, en perseguir el objetivo de «conservar los recursos biológicos naturales de manera conforme a los intereses de las generaciones presentes y futuras manteniendo los procesos ecológicos esenciales y los sistemas que hacen posible la vida, preservando la diversidad genética y velando por una utilización sostenible de las especies y los ecosistemas» (*ibid.*, párr. 1).

[351] Documento A/CONF.151/PC/10, anexo I. La Declaración reconoce en su párrafo 6, entre otras cosas, que «El reto del desarrollo sostenible de la humanidad exige velar por la sostenibilidad de la biosfera y de sus ecosistemas».

[352] ILM, vol. XXVIII, N.° 5, noviembre de 1989, pág. 1308.

[353] Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, firmada en Helsinki el 1.° de agosto de 1975 (Lausana, Imprimeries Réunies [s.f.]).

[354] Informe sobre las conclusiones y recomendaciones de la reunión sobre la protección del medio ambiente de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, celebrada en Sofía en 1989 (CSCE/SEM.36/Rev.1).

[355] *Nuestro Futuro Común*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, 460 páginas.

[356] *Ibid.*, Anexo 1 (Resumen de la propuesta de principios legales para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible...), en especial el art. 3 (Conservación y utilización sostenible).

[357] Véase, en el mismo sentido, la Perspectiva Ambiental hasta el Año 2000 y Más Adelante, por ejemplo el párrafo 2 y el apartado *d* del párrafo 3, adoptada por el Consejo de Administración del PNUMA [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento N.° 25*, (A/42/25 y Corr.1), anexo II], y aprobada posteriormente por la Asamblea General en su resolución 42/186 «como marco de referencia amplio para la adopción de medidas a nivel nacional y la cooperación internacional en relación con las políticas y los programas encaminados a lograr un desarrollo adecuado desde el punto de vista ambiental».

También abundan en el mismo sentido determinadas disposiciones de la Constitución de la República de Namibia, que entró en vigor el 21 de marzo de 1990, en particular el apartado *c* del artículo 91 (relativo a las funciones del Defensor del Pueblo) y el apartado *l* del artículo 95 (sobre «Promoción del bienestar del pueblo»). Según esta última disposición, por ejemplo, «El Estado promoverá y mantendrá activamente el bienestar del pueblo y, a esos efectos, adoptará normas que, entre otras cosas, apunten a [...] *l)* mantener los ecosistemas, los procesos ecológicos esenciales y la diversidad biológica en Namibia y utilizar los recursos naturales vivos en forma sostenible en beneficio de todos los namibianos, ahora y en el futuro [...]» (reproducido en S/20967/Add.2, anexo I).

contiene los elementos básicos que figuran en otras definiciones del término[358], el párrafo 1 es, en varios aspectos, más general. En primer lugar, no menciona ningún tipo concreto de contaminación o agente contaminante (por ejemplo sustancias o energía), a diferencia de algunas otras definiciones. En segundo lugar, la definición se refiere simplemente a «toda alteración nociva» y, de ese modo, no prejuzga la cuestión del umbral a partir del cual la contaminación es ilícita. La cuestión de ese umbral se trata en el párrafo 2. Así pues, la definición es meramente descriptiva. Abarca todo tipo de contaminación, cause o no «daños sensibles» a otros Estados del curso de agua en el sentido del artículo 7 y, más concretamente, del párrafo 2 del artículo 21. En tercer lugar, para salvaguardar el carácter descriptivo de la definición, el párrafo 1 no menciona ningún efecto «nocivo» específico, como los daños a la salud humana, a los bienes o a los recursos vivos. El párrafo 2 contiene ejemplos de tales efectos que alcanzan el nivel de «daños sensibles». La definición exige sólo que haya una alteración nociva de la «composición o calidad» de las aguas. El término «composición» se refiere a todas las sustancias que contiene el agua, incluidas las solubles, así como las partículas en suspensión y otras sustancias insolubles. El término «calidad» suele utilizarse, en relación con la contaminación, especialmente en expresiones como «calidad del aire» y «calidad del agua». Ese término, aunque sea difícil e, incluso, poco deseable definirlo con precisión, se refiere generalmente al carácter esencial y al grado de pureza del agua. En cuarto lugar, la definición no se refiere a los medios por los que se causa la contaminación, como la «introducción» de sustancias, energía, etc., en un curso de agua. Sólo exige que la «alteración nociva» resulte de un «comportamiento humano». Esta última expresión se entiende que abarca tanto los actos como las omisiones y, por eso, se considera preferible a términos como «actividades». Por último, la definición no incluye las alteraciones «biológicas». Aunque no hay duda de que la introducción en un curso de agua de especies extrañas o nuevas de la flora y fauna puede producir efectos nocivos en la calidad del agua, la introducción de esos organismos vivos no se considera generalmente que constituya en sí «contaminación». Por consiguiente, las alteraciones biológicas constituyen el objeto de una disposición separada, a saber el artículo 22.

3) El *párrafo 2* enuncia la obligación general que incumbe a los Estados del curso de agua de prevenir, reducir y controlar la contaminación de un curso de agua internacional que pueda causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente. Este párrafo constituye la aplicación específica de los principios generales contenidos en los artículos 5 y 7.

4) Al aplicar la obligación general del artículo 7 al caso de la contaminación, la Comisión tuvo en cuenta el aspecto práctico de que algunos cursos de agua internacionales ya se encuentran contaminados en diverso grado mientras que otros no lo están. Teniendo en cuenta ese estado de cosas, la Comisión ha empleado la fórmula «prevendrán, reducirán y controlarán» en relación con la contaminación de los cursos de agua internacionales. Esa fórmula se utiliza en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (art. 194, párr. 1) en relación con la contaminación del medio marino, en el que la situación planteada es análoga. La obligación de «prevenir» se refiere a la nueva contaminación de los cursos de agua internacionales, mientras que las obligaciones de «reducir» y «controlar» se refieren a la contaminación existente. Como en el caso de la obligación de «proteger» los ecosistemas, enunciada en el artículo 20, la obligación de prevenir «la contaminación... que pueda causar daños sensibles» comprende la obligación de actuar con la debida diligencia para impedir el riesgo de tales daños[359]. Esta obligación se expresa mediante las palabras «pueda causar». Además, como en el caso del artículo 20, se aplica el principio de prevención, especialmente con respecto a sustancias peligrosas como las que son tóxicas, persistentes o bioacumulativas[360]. La obligación que incumbe a los Estados del curso de agua de «reducir y controlar» la contaminación existente responde a la práctica de los Estados, en particular los Estados cuyo territorio es atravesado por cursos de agua contaminados. Esta práctica pone de manifiesto la voluntad general de tolerar incluso daños de contaminación sensibles, con tal que el Estado del curso de agua de origen haga todo lo posible por reducir la contaminación hasta un nivel mutuamente aceptable[361]. La exigencia de que se disminuya inmediatamente la contaminación existente que causa tales daños podría, en algunos casos, crear excesivas dificultades, especialmente en aquellos en que el perjuicio ocasionado al Estado del curso de agua de origen fuera manifiestamente desproporcionado en relación con el beneficio que fuese a obtener el Estado del curso de agua víctima del daño[362]. En cambio, el hecho de que el Estado del curso de agua de origen no ejercitase la debida diligencia para reducir la contaminación hasta niveles aceptables legitimaría al Estado afectado para aducir que el Estado de origen había violado la obligación que le incumbía a este respecto.

5) Como el artículo 20, el párrafo 2 del artículo 21 dispone que las medidas de que se trata se tomen «individual o conjuntamente». Las observaciones formuladas *supra* en el párrafo 4 del comentario al artículo 20 se

[358] Véanse, por ejemplo, el artículo IX de las Normas de Helsinki (nota 184 *supra*), el párrafo 1 del artículo I de la resolución de Atenas, el párrafo 3 de la parte A de los Principios relativos a la contaminación transfronteriza, aprobados en 1974 por la OCDE (nota 296 *supra*); el párrafo 1 del artículo 2 de las Reglas de Montreal (nota 256 *supra*); el párrafo 4 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el artículo 1 de la Convención sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Grandes Distancias; el apartado *c* del artículo 1 del proyecto de Convención europea sobre la protección de las aguas dulces contra la contaminación, aprobado en 1969 por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, reproducido en A/CN.4/274, págs 374 y ss , párr 374, y el apartado *d* del artículo 1 del proyecto de Convención europea para la protección de los cursos de agua internacionales contra la contaminación, adoptado en 1974 por el Consejo de Europa (*ibid* , párr 376)

[359] Véase el párrafo 3 del comentario relativo al artículo 20 *supra*

[360] Véase el comentario al artículo 20, en especial los párrafos 3 y 9 *supra*

[361] Véase el cuarto informe del anterior Relator Especial (nota 265 *supra*), párrafo 11 del comentario al artículo 16 [17] Esta evaluación de la práctica de los Estados se recoge también en el estudio general más reciente sobre esta materia [véase J Lammers, *op cit* (nota 184 *supra*), pág 301]

[362] Esta postura está de acuerdo con la adoptada en las Normas de Helsinki (véase nota 184 *supra*) Véase, en especial, el comentario *d* al artículo XI

aplican, *mutatis mutandis*, al párrafo 2 del artículo 21. Como se explica en el comentario al artículo 20, la obligación de tomar medidas conjuntas se basa en algunas obligaciones generales enunciadas en la segunda parte del proyecto de artículos. En el caso del párrafo 2 del artículo 21, la obligación que incumbe a los Estados del curso de agua, de conformidad con el artículo 5, de participar en la protección del curso de agua internacional de manera equitativa y razonable y, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, de cooperar a fin de lograr una protección adecuada del curso de agua internacional puede, en algunos supuestos, exigir la participación conjunta en la aplicación de medidas de lucha contra la contaminación[363]. Las obligaciones contenidas en los artículos 5 y 8 explican también el deber de los Estados de armonizar sus políticas a que se refiere el párrafo 7 *infra* de este comentario.

6) Las obligaciones de prevención, reducción y control se aplican a la contaminación «que pueda causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente». La contaminación por debajo de ese umbral no caería dentro del ámbito de aplicación del párrafo 2 pero, según las circunstancias, podría estar comprendida en el del artículo 20 o en el artículo 23, que se examina más adelante. Al final de la primera frase del párrafo 2 figuran varios ejemplos de daños sensibles que la contaminación puede causar a un Estado del curso de agua o a su medio ambiente. La lista no es exhaustiva sino que tiene sólo carácter enunciativo. La contaminación de un curso de agua internacional puede causar daños no sólo a la «salud o la seguridad humanas» o a «la utilización de las aguas con cualquier fin útil»[364] sino también a «los recursos vivos del curso de agua internacional», es decir la flora y fauna que dependen del curso de agua así como a las condiciones que éste ofrece para el solaz o esparcimiento[365]. La expresión «medio ambiente» de los otros Estados del curso de agua pretende abarcar, en especial, cuestiones de este último tipo[366]. Es, pues, más amplia que el concepto de «ecosistema» de un curso de agua internacional, que constituye el objeto del artículo 20.

7) La última frase del párrafo 2 dispone que los Estados del curso de agua «tomarán disposiciones para armonizar sus políticas» en materia de prevención, reducción y control de la contaminación de las aguas. Esta obligación, que se basa en la práctica en materia de tratados[367] y que encuentra un equivalente en el artículo 194, párrafo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, versa sobre los problemas que surgen a menudo cuando los Estados adoptan políticas divergentes, o aplican criterios diferentes, en relación con la contaminación de los cursos de agua internacionales. La obligación de armonizar las políticas constituye una aplicación específica de algunas de las obligaciones generales enunciadas en los artículos 5 y 8, mencionadas en el párrafo 5 del comentario a este artículo, especialmente la obligación que incumbe a los Estados del curso de agua a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de «cooperar [...] a fin de lograr [...] una protección adecuada del curso de agua internacional». En el presente caso, esto significa que los Estados del curso de agua deben colaborar de buena fe para lograr y mantener la armonización de sus políticas en materia de contaminación de las aguas. La armonización de políticas es así un proceso en dos sentidos diferentes. En primer lugar, el logro inicial de la armonización supondrá con frecuencia la adopción de diversas disposiciones; es el aspecto del proceso a que se refiere el párrafo 2, como se desprende de las palabras «tomarán disposiciones». En segundo lugar, incluso después de haberse conseguido armonizar las políticas, normalmente será necesaria la continuación de los esfuerzos de cooperación para mantener esa armonización a medida que cambian las circunstancias. Todo el proceso dependerá necesariamente del consenso entre los Estados del curso de agua.

8) El *párrafo 3* dispone que los Estados del curso de agua celebrarán, a petición de uno o varios de ellos, consultas con el propósito de confeccionar listas de sustancias que, en razón de su carácter peligroso, deben ser objeto de reglamentación especial. Tales sustancias son principalmente las que son tóxicas, persistentes o bioacumulativas. La práctica de confeccionar listas de sustancias cuya descarga en los cursos de agua internacionales está prohibida o sujeta a reglamentación especial se ha adoptado en una serie de convenios internacionales y otros instrumentos[368]. Los Estados han adoptado para la descarga de esas sustancias regímenes especiales a

---

[363] Esa participación y cooperación pueden adoptar diversas formas, incluidos la prestación de asistencia técnica, la financiación conjunta, el intercambio de datos e información específicos y formas análogas de cooperación y participación conjunta Véase, en ese sentido, el comentario *b* al artículo X de las Normas de Helsinki (*ibid*, pág 499)

[364] La Comisión reconoce que puede considerarse poco adecuado que se hable de «daños [ ] a la utilización de las aguas », pero prefirió no emplear otra expresión (como, por ejemplo, «injerencia en el uso de las aguas»), porque el uso de otras expresiones podría hacer que se pusiera en duda que se aplicaba un criterio uniforme en todos los casos El presente enunciado no deja lugar a dudas de que en todos los ejemplos enumerados se utiliza la misma norma o criterio, el del daño sensible

[365] Esas utilizaciones del curso de agua pueden incluir, por ejemplo, las actividades recreativas o el turismo

[366] Los daños sensibles de contaminación del «medio ambiente» causados por un Estado del curso de agua pueden consistir también en daños a la salud humana, en forma de enfermedades, o sus vectores, de origen hídrico En el párrafo 2 se mencionan expresamente los daños a la «salud humana», pero la contaminación de un curso de agua internacional también puede originar otras formas de daño sensible que no están directamente relacionadas con los usos de las aguas

[367] Los convenios internacionales relativos a la contaminación de los cursos de agua suelen tener por objeto explícito o implícito la armonización de las normas y políticas aplicables de los Estados del curso de agua de que se trata Ello es así tanto si el convenio se refiere a la protección de la pesca [véase, por ejemplo, el artículo 17 del Convenio entre Francia y Suiza para reglamentar la pesca en las aguas limítrofes (nota 338 *supra*)] como si se refiere a la prevención de los efectos nocivos sobre determinados usos [véase, por ejemplo, el párrafo 10 del artículo 4 del Tratado entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo (nota 178 *supra*)], o si establece efectivamente normas y objetivos de calidad del agua [véase, por ejemplo, el Convenio entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos, especialmente el artículo II (nota 336 *supra*)] Así, la armonización puede lograrse por acuerdo sobre determinadas normas y políticas o estableciendo el requisito de que la contaminación no exceda de los niveles necesarios para la protección de un determinado recurso, uso o actividad de esparcimiento Véase, en general, el análisis de los convenios internacionales relativos a la contaminación de las aguas que figura en el cuarto informe del anterior Relator Especial (nota 265 *supra*), párrs 39 a 48

[368] Véanse, por ejemplo, el Convenio relativo a la protección del Rin contra la contaminación química, el Convenio entre el Canadá y

(Continuación en la página siguiente)

causa de su carácter especialmente peligroso y duradero. En realidad, el objeto de alguno de los convenios recientes relativos a esas sustancias es eliminarlas totalmente de los cursos de agua a que se refieren[369]. Con la disposición contenida en el párrafo 3 no se pretende en modo alguno sugerir que la contaminación por sustancias tenga mayor importancia o mayores efectos que cualquier otra alteración nociva resultante de la conducta humana, como las consecuencias termales de la energía.

9) El cuarto informe del Relator Especial[370] contiene un estudio de los ejemplos representativos de convenios internacionales, la labor de las organizaciones internacionales, las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales y otros casos de práctica de los Estados en que se apoya el artículo 21. Un estudio reciente enumera 88 convenios internacionales «que contienen disposiciones de fondo relativas a la contaminación de los cursos de agua internacionales»[371]. La labor de las organizaciones internacionales no gubernamentales que se ocupan del derecho internacional y los grupos de expertos en este campo ha sido especialmente abundante[372]. Esas fuentes son prueba de la vieja preocupación de los Estados por el problema de la contaminación de los cursos de agua internacionales.

Artículo 22.—Introducción de especies extrañas o nuevas

Los Estados del curso de agua tomarán todas las medidas necesarias para impedir la introducción, en un curso de agua internacional, de especies extrañas o nuevas que produzcan o puedan producir efectos nocivos para el ecosistema del curso de agua que originen daños sensibles para otros Estados del curso de agua.

Comentario

1) La introducción en un curso de agua de especies de la flora o la fauna extrañas o nuevas puede alterar el equilibrio ecológico y originar graves problemas, entre ellos la obstrucción de las tomas de agua y la maquinaria hidráulica, el menoscabo de las actividades recreativas, la aceleración de la eutrofización, la alteración de las cadenas alimentarias, la eliminación de otras especies, muchas veces valiosas, y la transmisión de enfermedades. Una vez introducidas, las especies extrañas o nuevas pueden ser muy difíciles de erradicar. El artículo 22 se ocupa de este problema y dispone que los Estados tomarán todas las medidas necesarias para impedir esa introducción. Como ya se ha observado, ese tema se debe tratar en una disposición separada porque la definición de «contaminación», que figura en el párrafo 1 del artículo 21, no abarca las alteraciones de orden biológico[373]. El artículo 196, párrafo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar contiene una disposición análoga, relativa a la protección del medio marino.

2) El término «especies» abarca la flora y la fauna, esto es las plantas, los animales y otros organismos vivos[374]. El término «extrañas» designa las especies no autóctonas, mientras que el término «nuevas» comprende las especies que han sido objeto de alteraciones genéticas o que son producto de la ingeniería biológica. Como se desprende claramente de estos términos, el artículo se refiere únicamente a la introducción de esas especies directamente en el curso de agua y no a la piscicultura u otras actividades realizadas fuera del curso de agua[375].

3) El artículo 22 dispone que los Estados del curso de agua «tomarán todas las medidas necesarias» para impedir la introducción de especies extrañas o nuevas. Mediante esta expresión, que se utiliza también en el artículo 196 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se quiere indicar que los Estados del curso de agua deben emprender estudios, en la medida de sus posibilidades, y tomar las precauciones necesarias para impedir que los poderes públicos o los particulares introduzcan en un curso de agua especies extrañas o nuevas. Este artículo establece una obligación de debida diligencia, que no se considerará infringida si un Estado del curso de agua ha hecho todo lo que razonablemente cabía esperar que hiciera para impedir la introducción de tales especies.

4) La «introducción» que los Estados del curso de agua deben impedir mediante la adopción de todas las medidas necesarias es de un género que puede «producir efectos nocivos para el ecosistema del curso de agua que originen daños sensibles para otros Estados del curso de

(Continuación de la nota 368.)

los Estados Unidos sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos (nota 336 *supra*).

Véanse también el proyecto de Convención europea para la protección de los cursos de agua internacionales contra la contaminación, elaborado por el Consejo de Europa (documento A/CN.4/274, pág. 377, párr. 376); el párrafo 2 del artículo III de la resolución de Atenas (nota 184 *supra*); y el artículo 2 de las Reglas de Montreal (nota 256 *supra*).

Se ha adoptado el mismo planteamiento en el campo de la contaminación marina. Véase, en especial, el Convenio de Londres sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias. Este Convenio clasifica los desechos nocivos en tres categorías: aquellos cuya descarga está totalmente prohibida; aquellos cuya descarga está sujeta a un permiso especial previo; y aquellos cuya descarga está sujeta sólo a un permiso general previo.

[369] *Ibid.*

[370] Párrs. 38 a 88 (véase nota 265 *supra*).

[371] Lammers, *op. cit.* (véase nota 184 *supra*), págs. 124 y ss. Véase también el estudio de J. J. A. Salmon, efectuado en relación con los trabajos preparatorios de la sesión de Atenas del Instituto de Derecho Internacional sobre «Las obligaciones relativas a la protección del medio acuático», en *Annuaire de l'Institut de droit international, 1979*, vol. 58, t. I, págs. 195 a 200 y 268 a 271.

[372] Especialmente en el caso del Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional (ILA). Por lo que respecta al Instituto, véase en particular la resolución de Atenas (nota 184 *supra*). En cuanto a la Asociación, véanse los artículos IX a XI de las Normas de Helsinki *(ibid.)*; las Reglas de Montreal (nota 256 *supra*); y el artículo 3 de las Reglas de Seúl (nota 222 *supra*). Véanse asimismo los principios jurídicos relativos a la protección ambiental y el desarrollo sostenible elaborados por el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Environmental Protection...*, *op. cit.* (nota 310 *supra*), pág. 45.

[373] Véase el párrafo 2 del comentario al artículo 21 *supra*.

[374] De modo que abarca los parásitos y los vectores de enfermedades.

[375] Sin embargo, tal vez se requieran medidas preventivas apropiadas para impedir que penetre en el curso de agua cualquier especie extraña o nueva relacionada con esas actividades.

agua». Cualquier introducción de especies extrañas o nuevas en un curso de agua internacional debe tratarse con gran prudencia, pero la Comisión opinó que la correspondiente obligación jurídica establecida en virtud de este artículo debía estar en consonancia con la norma general contenida en el artículo 7. Como los efectos nocivos de las especies extrañas o nuevas se manifestarán ante todo, casi invariablemente, en el ecosistema del curso de agua, el artículo se refiere a ese nexo entre la «introducción» de la especie y el daño sensible. Como en el caso del párrafo 2 del artículo 21, el empleo de la palabra «puedan» indica que es necesario tomar medidas para prevenir los graves problemas que pueden producir las especies extrañas o nuevas. Aunque en el párrafo 2 del artículo 21 el término «medio ambiente» se incluyó para dar énfasis, huelga decir que los «daños sensibles para otros Estados del curso de agua» mencionados en este artículo abarcan los daños al medio ambiente de esos Estados. Por último, a semejanza de otros aspectos de la protección de los cursos de agua internacionales, la acción mancomunada podrá ser tan necesaria como la acción individual para impedir que se introduzcan en cursos de agua internacionales especies extrañas o nuevas.

Artículo 23.—Protección y preservación del medio marino

Los Estados del curso de agua tomarán, individual o conjuntamente, todas las medidas con respecto a un curso de agua internacional que sean necesarias para proteger y preservar el medio marino, incluidos los estuarios, teniendo en cuenta las reglas internacionales generalmente aceptadas.

Comentario

1) El artículo 23 versa sobre el problema cada vez más grave de la contaminación transportada al medio marino por los cursos de agua internacionales. Aunque el efecto de esa contaminación en el medio marino, incluidos los estuarios, se ha reconocido sólo en fecha relativamente reciente, ya es objeto, directa o indirectamente, de varios convenios. En particular, la obligación de no causar al medio marino daños de contaminación de origen terrestre se reconoce en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[376] y en convenios relativos a diversos mares regionales[377].

2) Sin embargo, la obligación que enuncia el artículo 23 no tiene por objeto la protección del medio marino en sí mismo sino la adopción de las medidas «con respecto a un curso de agua internacional» que sean necesarias para proteger el medio marino. Pero la obligación que incumbe a los Estados del curso de agua en virtud del artículo 23 es independiente de las obligaciones enunciadas en los artículos 20 a 22 y complementaria de éstas. Así, cabe imaginar que un Estado de un curso de agua cause daños a un estuario mediante la contaminación de un curso de agua internacional sin violar su obligación de no causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua. El artículo 23 establece que ese Estado del curso de agua está obligado a tomar las medidas necesarias para proteger y preservar el estuario.

3) La expresión «todas las medidas... necesarias» tiene, *mutatis mutandis*, el mismo sentido que en el artículo 22[378]. En el presente caso, los Estados del curso de agua deben tomar todas las medidas necesarias que estén a su alcance, desde los puntos de vista financiero y tecnológico. La expresión «individual o conjuntamente» tiene también, *mutatis mutandis*, el mismo sentido que en el artículo 20[379] y que en el párrafo 2 del artículo 21[380]. Así pues, los Estados del curso de agua están obligados, llegado el caso, a tomar mancomunadamente y en cooperación medidas para proteger el medio marino contra la contaminación transportada por un curso de agua internacional. Tales medidas tienen que adoptarse de manera equitativa. Los términos «proteger» y «preservar» tienen, *mutatis mutandis*, el mismo sentido que en el artículo 20[381]. Sin perjuicio del sentido que se le da en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en otros convenios internacionales, se entiende que la expresión «medio marino» comprende, en particular, el agua, la flora y fauna marinas y los fondos marinos y oceánicos[382].

4) El artículo concluye con las palabras «teniendo en cuenta las reglas internacionales generalmente aceptadas», empleadas también en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[383]. Dichas palabras se refieren tanto a las normas de derecho internacional general como a las basadas en convenios internacionales y a las reglas adoptadas por los Estados y las organizaciones internacionales en cumplimiento de esos convenios[384].

Artículo 24.—Gestión

1. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas sobre la gestión de un curso de agua internacional, incluida eventualmente la creación de un órgano mixto de gestión.

[376] Véanse el artículo 194, párrafo 3, apartado *a*, y el artículo 207.

[377] Véanse, por ejemplo, el Convenio para la prevención de la contaminación marina de fuentes terrestres, la Convención sobre la protección del medio marino en la zona del mar Báltico, la Convención sobre la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación y su Protocolo y la Convención regional de Kuwait para la cooperación con miras a la protección del medio marino contra la contaminación. Véanse asimismo las Declaraciones Ministeriales de las diversas Conferencias Internacionales sobre la Protección del Mar del Norte: la Primera Conferencia Internacional (Bremen, 31 de octubre y 1.° de noviembre de 1984); la Segunda Conferencia Internacional (Londres, 24 y 25 de noviembre de 1987); y la Tercera Conferencia Internacional (La Haya, 8 de marzo de 1990) [*The North Sea...*, *op. cit.* (nota 346 *supra*)].

[378] Véase el párrafo 3 del comentario al artículo 22 *supra*.

[379] Véase el párrafo 4 del comentario al artículo 20 *supra*.

[380] Véase el párrafo 5 del comentario al artículo 21 *supra*.

[381] Véase el párrafo 3 del comentario al artículo 20 *supra*.

[382] La expresión «medio marino» no está definida en la Convención mientras que la expresión «contaminación del medio marino» se define en su artículo 1, párrafo 1, apartado 4.

[383] Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 211.

[384] Véanse, en especial, los convenios mencionados en la nota 377 *supra*.

2. A los efectos de este artículo, se entiende por «gestión», en particular:

***a*) El hecho de planificar el aprovechamiento sostenible de un curso de agua internacional y de velar por la ejecución de los planes que se adopten;**

***b*) El hecho de promover de otro modo la utilización racional y óptima, la protección y el control del curso de agua.**

Comentario

1) El artículo 24 reconoce la importancia de la cooperación de los Estados del curso de agua en la gestión de los cursos de agua con miras a asegurar su protección y los mayores beneficios para todos los Estados del curso de agua interesados. Su propósito es facilitar a los Estados del curso de agua el examen de las modalidades de gestión apropiadas para cada Estado y cada curso de agua de que se trate.

2) El *párrafo 1* dispone que los Estados del curso de agua entablarán consultas sobre la gestión de un curso de agua internacional si así lo pide cualquiera de los Estados de este curso de agua. Este párrafo no obliga a los Estados del curso de agua a «gestionar» el curso de que se trate ni a crear una organización mixta, como una comisión u otro órgano de gestión. El resultado de las consultas dependerá de los Estados interesados. En la práctica, los Estados han creado numerosas comisiones conjuntas de ríos y lagos u otras comisiones análogas, muchas de las cuales tienen a su cargo la gestión de cursos de agua internacionales. Sin embargo, la gestión de esos cursos de agua puede lograrse también por otros medios de carácter menos oficial, como la celebración regular de reuniones de los organismos pertinentes u otros representantes de los Estados interesados. Así, para dar cabida a formas menos oficiales de gestión, el párrafo 1 hace referencia no a una organización sino a un «órgano» de gestión.

3) El *párrafo 2* señala en términos generales los elementos más comunes de un programa de gestión de un curso de agua internacional. El empleo en este artículo de términos como «aprovechamiento sostenible» y «utilización racional y óptima» se ha de entender en relación con el proceso de gestión. No afectan en modo alguno a la aplicación de los artículos 5 y 7, que establecen la base fundamental del proyecto de artículos en su integridad. El *apartado* a destaca la importancia fundamental que reviste el hecho de planificar el aprovechamiento de un curso de agua internacional para que tenga un carácter duradero en beneficio de las generaciones actuales y futuras. Si bien está demostrado que las comisiones mixtas constituyen un medio eficaz para ejecutar planes de esta naturaleza, los Estados del curso de agua interesados también pueden aplicar individualmente sus propios planes. Las funciones que se señalan en el *apartado* b representan también elementos comunes de los regímenes de gestión. La mayoría de los términos concretos empleados en este apartado están tomados de otros artículos del proyecto, en particular del artículo 5. El uso del calificativo «racional» indica que «la utilización..., la protección y el control» de un curso de agua internacional deben ser planificados por los Estados del curso de agua interesados y no ser un resultado fortuito o de circunstancias específicas. Considerados en su conjunto, los apartados *a* y *b* abarcan las funciones siguientes: planificar el aprovechamiento sostenible, polivalente e integrado de los cursos de agua internacionales; facilitar el suministro e intercambio regular de datos e información entre los Estados del curso de agua y vigilar de manera continuada los cursos de agua internacionales.

4) Un estudio de las cláusulas de los tratados relativas a los arreglos institucionales muestra, en particular, que los Estados han creado una amplia gama de organizaciones a los fines de la gestión de los cursos de agua internacionales. Algunos acuerdos sólo se refieren a un determinado curso de agua mientras que otros lo hacen a varios de ellos o grandes cuencas hidrográficas. Las atribuciones conferidas a las comisiones pertinentes están en función del contenido de cada acuerdo. Así, la competencia de un órgano mixto se delimitará de manera más concreta cuando se trate de un solo curso de agua y de manera más general cuando el acuerdo abarque una cuenca hidrográfica internacional o una serie de ríos, lagos y acuíferos fronterizos. Los términos del artículo 24 son lo suficientemente generales para servir de base a un acuerdo marco. Al mismo tiempo, el artículo tiene por objeto proporcionar a los Estados del curso de agua orientación en cuanto a las atribuciones y funciones que pueden encomendarse a los órganos o instituciones mixtas que decidan establecer.

5) La idea de establecer mecanismos mixtos para la gestión de cursos de agua internacionales no es en absoluto nueva[385]. Ya en 1911 el Instituto de Derecho Internacional recomendaba «la institución de comisiones comunes» que intervengan «cuando se creen nuevas instalaciones o se efectúen modificaciones en las instalaciones existentes»[386]. Muchos de los primeros acuerdos sobre sistemas de cursos de agua internacionales, en especial los del siglo XIX, se ocupaban en especial de reglamentar la navegación y la pesca[387]. Los acuerdos más recientes, en especial los concertados desde la segunda guerra mundial, se han ocupado fundamentalmente de otros aspectos de la utilización o el aprovechamiento de los sistemas de cursos de agua internacionales, tales como el estudio de las posibilidades de aprovechamiento del curso de agua, el regadío, la defensa contra las inundaciones, la generación de energía hidroeléctrica y la

[385] En virtud del Tratado de delimitación de fronteras (Tratado de Vaprio), suscrito en 1754 por la Emperatriz de Austria en su calidad de Duquesa de Milán y la República de Venecia, se encomendaron a una comisión mixta de límites, que ya existía, funciones relacionadas con la utilización común del río Ollio [G F de Martens, ed , *Recueil des principaux Traités*, Gottingue, *Supplément*, vol II (1738-1802), pág 64] Otro ejemplo muy antiguo es el Tratado de acuerdo definitivo (Tratado de Fontainebleau), suscrito en 1785 por Austria y los Países Bajos, en virtud del cual se constituyó un órgano bilateral que debía determinar los mejores lugares para construir conjuntamente represas en el río Mosa [*ibid*, *Recueil* , segunda edición, vol IV (1785-1790), pág 55, también citado en el informe de la Comisión Económica para Europa (CEPE) de 1952, titulado «Aspects juridiques de l'aménagement hydroélectrique des fleuves et des lacs d'intérêt commun» (E/ECE/136, párrs 175 y ss)]

[386] Resolución de Madrid (véase nota 273 *supra*)

[387] Puede encontrarse un estudio muy documentado en el cuarto informe del anterior Relator Especial (véase nota 265 *supra*), párrs 39 a 48

contaminación[388]. Esta clase de usos, que han pasado a ocupar el primer lugar debido a un gran aumento de la demanda de agua, alimentos y electricidad, han obligado en una medida mucho mayor a crear organismos mixtos para la aplicación de los distintos acuerdos. Actualmente hay casi tantos organismos mixtos como cursos de agua internacionales[389]. Ellos pueden ser permanentes o no, y sus funciones y facultades pueden ser muy diversas[390]. El artículo 24 tiene en cuenta no sólo esa práctica de los Estados del curso de agua sino también las recomendaciones de conferencias y reuniones celebradas con el auspicio de las Naciones Unidas, según las cuales esos Estados deben estudiar la posibilidad de establecer mecanismos mixtos de gestión a fin de obtener los mayores beneficios posibles de los cursos de agua internacionales y proteger esos cursos[391].

Artículo 25.—Regulación

1. Los Estados del curso de agua cooperarán según proceda en lo concerniente a las necesidades o posibilidades de regulación del caudal de las aguas de un curso de agua internacional.

2. Salvo que hayan acordado otra cosa, los Estados del curso de agua participarán de manera equitativa en la construcción y el mantenimiento o la financiación de las obras de regulación que hayan convenido en ejecutar.

3. A los efectos de este artículo, se entiende por «regulación» la utilización de obras hidráulicas o cualquier otra medida estable para alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas de un curso de agua internacional.

Comentario

1) El artículo 25 trata de la regulación del caudal de las aguas de un curso de agua internacional. La regulación de tal caudal suele ser necesaria para prevenir algunos efectos perjudiciales de la corriente, como las inundaciones y la erosión, o bien para obtener el máximo de beneficios del curso de agua. El presente artículo comprende tres párrafos en los que se enuncian, respectivamente, la obligación básica en materia de regulación, el principio de la participación equitativa aplicable a la regulación y la definición del término «regulación».

2) El *párrafo 1* es una aplicación concreta de la obligación general de cooperación enunciada en el artículo 8. Este párrafo establece que los Estados del curso de agua deben cooperar, según proceda, en lo concerniente a las necesidades o posibilidades de regulación. Como se señala en el párrafo anterior del presente comentario, las necesidades o posibilidades de regulación estarán determinadas normalmente por el interés de prevenir los daños y de incrementar los beneficios que se obtienen del curso de agua internacional de que se trate. Las palabras «según proceda» subrayan que la obligación no consiste en identificar necesidades y posibilidades sino en atender a las existentes.

3) El *párrafo 2* se aplica en el caso de que los Estados del curso de agua hayan convenido en ejecutar obras para regular el caudal de las aguas de un curso de agua internacional. Se trata de una función residual, en virtud de la cual esos Estados «participarán de manera equitativa» en la construcción, el mantenimiento o la financiación de dichas obras, a no ser que hayan acordado cualquier otra solución. La obligación establecida entraña una aplicación concreta de la obligación general de participación equitativa enunciada en el artículo 5. En todo caso, los Estados del curso de agua no están obligados a «participar» en la regulación de obras de las cuales no obtienen beneficios. Simplemente se trata de que el Estado del curso de agua que convenga con otro en ejecutar obras de regulación que lo beneficien, estará obligado, si no hay acuerdo en contrario, a contribuir a la construcción y el mantenimiento de las obras de manera proporcionada a los beneficios que le reportan.

4) El *párrafo 3* define el término «regulación». En la definición se identifican, en primer término, las medidas de regulación, a saber, las «obras hidráulicas o cualquier otra medida estable», y, en segundo término, los fines que persigue la regulación, a saber, «alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas». Generalmente, las medidas específicas de regulación incluyen obras tales como represas, embalses, esclusas, canales, terraplenes, diques y fortificación de las márgenes del río. El objeto de esas obras puede ser regular el caudal de las aguas para impedir inundaciones en una estación y sequías en otra; prevenir la grave erosión de las márgenes de un río o bien modificar su curso; y asegurar un abaste-

---

[388] Para una ilustración de este punto véase el análisis de los «Acuerdos multilaterales» en Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales* (véase nota 260 *supra*), págs. 35 a 39, especialmente la página 39

[389] En un estudio sobre comisiones multilaterales y bilaterales que se ocupan de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, preparado por la Secretaría en 1979, figura una lista de 90 organismos de esa índole [Lista anotada de comisiones multilaterales y bilaterales que se ocupan de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, abril de 1979 (no publicada)]. Aunque la mayor parte de las comisiones incluidas en la lista están encargadas de sistemas de cursos de agua en Europa, todas las regiones del mundo están representadas Además, cuando se preparó la lista, venían incrementándose los arreglos administrativos en los países en desarrollo, especialmente en África

[390] El anexo IV de la Lista anotada *(ibid)* contiene resúmenes de algunos de esos acuerdos, «elegidos con objeto de ilustrar la mayor variedad posible de mecanismos» Véanse también la lista de acuerdos que establecen organismos mixtos para la ordenación de cursos de agua internacionales en ILA, *Report of the Fifty-seventh Conference, Madrid, 1976*, págs 256 a 266, Ely y Wolman, *loc cit* (nota 260 *supra*), pág 124; y el sexto informe del anterior Relator Especial, *Anuario 1990*, vol II (primera parte), pág 45, documento A/CN 4/427 y Add 1, párrs 3 a 6 Los tipos de funciones y facultades encomendadas a los mecanismos mixtos de gestión están ilustrados por los tres acuerdos siguientes en tres continentes distintos la Convención en virtud de la cual se creó la Dirección de la Cuenca del Níger, arts 3 a 5, el Tratado relativo a las aguas del Indo (véase nota 178 *supra*); y el Tratado entre el Canadá y los Estados Unidos relativo a las aguas limítrofes y a las cuestiones pendientes entre los Estados Unidos y el Canadá [Washington (D C), 11 de enero de 1909] (G F de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, 3 [a] serie, vol IV, pág 208, *Textes législatifs* , tratado N ° 79, pág 260)

[391] Véanse, por ejemplo, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (nota 213 *supra*), recomendación 51, Reunión Interregional sobre la Ordenación de las Cuencas Fluviales y Lacustres, especialmente de la región de África (nota 184 *supra*) La labor de las organizaciones internacionales en ese campo se examina en el sexto informe del anterior Relator Especial (véase nota 390 *supra*)

cimiento apropiado de agua, por ejemplo manteniendo la contaminación dentro de límites aceptables, o bien permitir usos como la navegación y el transporte de madera flotante. Las obras de regulación o control que hacen más estable el caudal de las aguas pueden servir también para aumentar los períodos de irrigación, facilitar o aumentar la generación de electricidad, disminuir el entarquinamiento, impedir las aguas estancadas que favorecen la reproducción del vector del paludismo y favorecer las actividades pesqueras. Sin embargo, la regulación del caudal de un curso de agua internacional también puede tener efectos perjudiciales en otros Estados del curso de agua. Por ejemplo, una represa podría reducir el caudal estacional de las aguas de un Estado del curso inferior o provocar inundaciones en un Estado del curso superior. El hecho de que la regulación del caudal de las aguas sea necesaria para lograr su utilización óptima y, al mismo tiempo, potencialmente perjudicial muestra la importancia de la cooperación entre los Estados del curso de agua en la forma prevista en el artículo 25.

5) Las numerosas disposiciones sobre la regulación de los cursos de agua internacionales contenidas en los tratados demuestran que los Estados reconocen la importancia de la cooperación al respecto[392]. Esa práctica y la necesidad de promover la cooperación entre los Estados del curso de agua para la regulación han dado lugar también a que una organización de especialistas en derecho internacional preparara una serie de normas y recomendaciones generales sobre la regulación de los cursos de agua internacionales[393]. El presente artículo, que se inspiró en la práctica de los Estados a ese respecto, contiene obligaciones generales apropiadas para un instrumento marco sobre un tema que interesa a todos los Estados de los cursos de agua.

Artículo 26.—Instalaciones

1. Los Estados de curso de agua harán lo posible, dentro de sus respectivos territorios, por mantener y proteger las instalaciones, construcciones y otras obras relacionadas con un curso de agua internacional.

2. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos que tenga razones graves para creer que puede sufrir efectos perjudiciales sensibles, consultas sobre:

***a*) El buen funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones, construcciones u otras obras relacionadas con un curso de agua internacional;**

***b*) La protección de las instalaciones, construcciones u otras obras contra actos dolosos o culposos o contra las fuerzas naturales.**

Comentario

1) El artículo 26 trata de la protección de instalaciones tales como embalses, represas, diques y esclusas contra el deterioro, las fuerzas naturales o los actos humanos que puedan causar perjuicios sensibles a otros Estados del curso de agua. Este artículo consta de dos párrafos en los que respectivamente se establece una obligación de carácter general y se prevé la celebración de consultas sobre la seguridad de las instalaciones.

2) El *párrafo 1* obliga a los Estados del curso de agua a hacer «lo posible» por mantener y proteger las instalaciones que en él se indican. Para cumplir esta obligación, los Estados del curso de agua pueden tomar individualmente todas las medidas que estén a su alcance para mantener y proteger las instalaciones, construcciones y demás obras relacionadas con un curso de agua internacional. Así, por ejemplo, los Estados del curso de agua deben emplear la debida diligencia en el mantenimiento de una represa, esto es, asegurar buenas condiciones de funcionamiento a fin de que no ceda y cause daños sensibles a otros Estados del curso de agua. Asimismo, se deben adoptar todas las precauciones razonables para proteger esas obras de ciertos tipos previsibles de daño debidos a fuerzas de la naturaleza, como las inundaciones, o a actos humanos, ya sean dolosos o culposos. Son actos dolosos, entre otros, el terrorismo y el sabotaje y es negligente todo comportamiento que no entrañe la diligencia debida en razón de las circunstancias del caso y que cause daño a las instalaciones de que se trate. Las palabras «dentro de sus respectivos territorios» reflejan el hecho de que el mantenimiento y la protección de las obras serían efectuados normalmente por el Estado del curso de agua en cuyo territorio se encontrasen esas obras. En el párrafo 1 no se pretende en modo alguno autorizar, y mucho menos exigir, a un Estado del curso de agua que mantenga y proteja obras en el territorio de otro Estado del curso de agua. No obstante pueden darse casos en los que sería apropiada la participación de un Estado del curso de agua en el mantenimiento y la protección de obras situadas fuera de su territorio, como, por ejemplo, cuando explotase las obras juntamente con el Estado en que éstas estuvieran situadas.

3) El *párrafo 2* establece la obligación general de los Estados del curso de agua de entablar consultas sobre el buen funcionamiento, el mantenimiento o la protección de las instalaciones relacionadas con el curso de agua. Esta obligación se hace exigible a petición de un Estado del curso de agua «que tenga razones graves para creer que puede sufrir efectos perjudiciales sensibles» como consecuencia del funcionamiento, el mantenimiento o la protección de las instalaciones pertinentes. Así, a diferencia del párrafo 1, el presente párrafo se refiere al caso excepcional de que un Estado del curso de agua esté convencido de la posibilidad de un peligro determinado.

---

[392] Varias disposiciones de ese tipo se indican en el quinto informe del anterior Relator Especial, *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), págs. 130 y 131, documento A/CN.4/421/Add.1 y 2, párrs. 132 a 138. Entre los ejemplos representativos figuran el acuerdo de 1959 entre la Unión Soviética, Noruega y Finlandia relativo a la regulación del régimen del lago Inari por medio de la central hidroeléctrica y de la presa de Kaitakoski; el Tratado entre los Estados Unidos de América y México referente a la utilización de las aguas de los ríos Colorado y Tijuana y del río Bravo (río Grande) desde Fort Quitman, Texas, hasta el golfo de México (véase nota 268 *supra*); el Acuerdo entre la República Árabe Unida y el Sudán relativo al aprovechamiento total de las aguas del río Nilo (nota 244 *supra*); el Tratado de la Cuenca del Plata; y el Tratado entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo (véase nota 178 *supra*), págs. 325 a 332 (anexo E).

[393] En su Conferencia de Belgrado de 1980, la Asociación de Derecho Internacional (ILA) aprobó nueve artículos sobre la regulación del caudal de los cursos de agua internacionales (véase nota 304 *supra*). Los artículos figuran en el quinto informe del anterior Relator Especial (véase nota 392 *supra*), párr. 139.

La situación a que se refiere el párrafo 2 debe distinguirse también de los «casos de urgencia» de que trata el artículo 28. Las situaciones previstas en este último artículo suponen, entre otras cosas, un peligro inminente, pero en el caso del párrafo 2 del presente artículo, el peligro no es necesariamente inminente aun cuando no ha de ser tan remoto que se considere mínimo. La exigencia de que un Estado del curso de agua tenga «razones graves para creer» que puede sufrir efectos perjudiciales es una norma objetiva y supone la existencia de un peligro real. La expresión «razones graves para creer» se emplea también en el artículo 18 con el mismo significado. Además, está en consonancia con la práctica de los Estados, que generalmente celebran consultas cuando existen motivos razonables para preocuparse por efectos perjudiciales efectivos o potenciales. Por último, la expresión «efectos perjudiciales sensibles» se emplea en el mismo sentido que en el artículo 12. Así, el umbral establecido por esta norma es más bajo que el determinante de los «daños sensibles»[394].

4) La obligación establecida en el párrafo 2 de entablar consultas en el caso de efectos perjudiciales apreciables se aplica en dos situaciones diferentes. En primer término, esos efectos pueden deberse al funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones. Por ello, el *apartado* a trata de las consultas relativas a su buen funcionamiento o mantenimiento. En segundo término, los efectos perjudiciales pueden deberse a daños en las instalaciones causados por actos dolosos o culposos o fuerzas naturales. Así, en virtud del *apartado* b del párrafo 2 el Estado del curso de agua que tenga razones graves para creer que puede sufrir daños como consecuencia de esos actos o fuerzas naturales tendrá derecho a entablar consultas sobre la protección de las instalaciones de que se trate contra actos tales como el terrorismo y el sabotaje o fuerzas tales como corrimientos de tierra o crecidas.

5) El interés de los Estados por la protección y seguridad de las instalaciones se refleja en los acuerdos internacionales. Algunos acuerdos relativos a proyectos hidroeléctricos contienen disposiciones concretas acerca de la concepción de las instalaciones[395] y disponen que los planes de las obras no podrán llevarse a cabo sin la aprobación previa de las partes[396]. Los Estados también han incluido en sus acuerdos disposiciones para garantizar la seguridad de las obras mediante la promulgación de legislación interna por el Estado en cuyo territorio están situadas las obras. El artículo 26 no va tan lejos pero establece normas generales subsidiarias destinadas a prever niveles básicos de protección y seguridad de las obras relacionadas con los cursos de agua internacionales.

[394] Véase el párrafo 2 del comentario al artículo 12 *supra*

[395] Un ejemplo de ello es el Convenio de 1957 entre Suiza e Italia relativo a la utilización de la fuerza hidráulica del Spol, *Textes législatifs* , tratado N° 235, pág 859; resumido en documento A/5409, págs 171 a 173, párrs. 849 a 854

[396] Véase la Convención de 1963 entre Francia y Suiza sobre el proyecto hidroeléctrico de Emosson [*Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, vol. XXXVI, N.° 1 (enero-marzo de 1965), pág 571, resumido en documento A/CN 4/274, págs. 337 y 338, párrs. 228 y 229].

QUINTA PARTE

EFECTOS NOCIVOS Y CASOS DE URGENCIA

Artículo 27.—Medidas para prevenir y atenuar los efectos nocivos

Los Estados del curso de agua tomarán, individual o conjuntamente, todas las medidas apropiadas para prevenir o atenuar los efectos que resulten de causas naturales o de un comportamiento humano, como crecidas o deshielos, enfermedades de origen hídrico, entarquinamiento, erosión, intrusión de agua salada, sequía o desertificación, que puedan ser nocivos para otros Estados del curso de agua.

Comentario

1) El artículo 27 versa sobre una amplia variedad de «efectos» relacionados con los cursos de agua internacionales que pueden ser nocivos para los Estados del curso de agua. Aunque pueda discutirse si el daño resulta del hecho originario mismo o de sus efectos, no hay duda de que problemas tales como las crecidas o deshielos, la sequía y las enfermedades de origen hídrico, para mencionar sólo algunos, tienen consecuencias graves para los Estados del curso de agua. Este artículo se refiere a la prevención y atenuación de tales efectos mientras que el artículo 28 trata de las obligaciones de los Estados del curso de agua en relación con las medidas que hay que adoptar para hacer frente a los casos de urgencia que realmente sobrevengan. Las medidas que deben adoptarse para prevenir y atenuar esos efectos tienen carácter previo y, por tanto, son totalmente diferentes de las adoptadas para hacer frente a casos de urgencia.

2) Como en el caso de los artículos 20, 21 y 23, este artículo dispone que tales medidas se tomen «individual o conjuntamente». Como en dichos artículos, la expresión constituye una aplicación de la obligación general de participación equitativa enunciada en el artículo 5. El requisito de que los Estados del curso de agua tomen «todas las medidas apropiadas» significa que deben tomar las medidas que correspondan a la situación de que se trata y que sean razonables teniendo en cuenta las circunstancias del Estado del curso de agua. Tiene en cuenta las posibilidades de los Estados del curso de agua en lo que concierne tanto a los medios a su alcance para descubrir los efectos como a su capacidad para tomar las medidas necesarias.

3) Los efectos de que trata el artículo 27 pueden ser resultado de causas naturales, de un comportamiento humano o de una combinación de ambas cosas[397]. La expresión «que resulten de causas naturales o de un comportamiento humano» abarca esas tres posibilidades. Aunque los Estados no pueden impedir los fenómenos que sobrevienen exclusivamente por causas naturales, pueden hacer mucho para prevenir y atenuar los efectos nocivos que son consecuencia de tales fenómenos. Por

[397] Por ejemplo, las crecidas y el entarquinamiento pueden ser resultado de la deforestación unida a unas fuertes precipitaciones. O bien una crecida puede ser resultado de los daños causados a una presa por un terremoto.

ejemplo, es posible prevenir las crecidas, o atenuar su gravedad, mediante la construcción de embalses, la repoblación forestal o prácticas mejoradas de gestión de los territorios que atraviesa el curso de agua.

4) La lista de efectos que figura al final del artículo no es exhaustiva, pero comprende la mayoría de los problemas más importantes que se pretende tratar en este artículo. Otros efectos a que se refiere el artículo son, en particular, los problemas de drenaje y las obstrucciones de la corriente. Puede parecer, a primera vista, que los problemas de sequía y desertificación no encajan con los otros problemas mencionados puesto que, a diferencia de éstos, son resultado de la falta de agua más bien que efectos nocivos de ésta. Pero los efectos de una sequía, por ejemplo, pueden resultar considerablemente agravados por usos inadecuados de gestión del agua[398]. Y los Estados situados en regiones víctimas de la sequía y la desertificación han demostrado su determinación de cooperar con el propósito de luchar contra esos problemas y atenuarlos[399]. Estos problemas se mencionan expresamente en el artículo en razón de su gravedad y del hecho de que las medidas de cooperación entre los Estados del curso de agua pueden contribuir en gran medida a prevenirlos o atenuarlos.

5) Las clases de medidas que pueden tomarse en virtud del artículo 27 son muchas y muy diversas. Esas medidas van del intercambio puntual y regular de datos e información, que sirvan para prevenir y atenuar los efectos de que se trata, a tomar todas las disposiciones razonables para que las actividades en el territorio de un Estado del curso de agua se lleven a cabo de manera que no produzcan efectos nocivos para otros Estados del curso de agua. Pueden comprender también la celebración de consultas relativas a la planificación y aplicación de medidas conjuntas, entrañen o no la construcción de obras, y la preparación de estudios sobre la eficacia de las medidas adoptadas.

6) El artículo 27 se basa en las disposiciones de numerosos tratados[400], en las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, la práctica de los Estados y la labor de las organizaciones internacionales[401]. En el quinto informe del anterior Relator Especial se han estudiado y analizado ejemplos representativos[402].

Artículo 28.—Casos de urgencia

1. A los efectos de este artículo, se entiende por «caso de urgencia» toda situación que causa graves daños a los Estados del curso de agua o a otros Estados, o crea un peligro inminente de causar tales daños, y que resulta súbitamente de causas naturales, como las crecidas, el deshielo, los desprendimientos de tierras o los terremotos, o de un comportamiento humano, como en el caso de los accidentes industriales.

2. Todo Estado del curso de agua notificará sin demora y por los medios más rápidos de que disponga a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes cualquier caso de urgencia que sobrevenga en su territorio.

3. El Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un caso de urgencia tomará inmediatamente, en cooperación con los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, las organizaciones internacionales competentes, todas las medidas posibles que requieran las circunstancias para prevenir, atenuar y eliminar los efectos nocivos del caso de urgencia.

4. De ser necesario, los Estados del curso de agua elaborarán conjuntamente planes para hacer frente a los casos de urgencia, en cooperación, cuando proceda, con los demás Estados que puedan resultar afectados y las organizaciones internacionales competentes.

Comentario

1) El artículo 28 versa sobre las obligaciones que tienen los Estados del curso de agua de responder a los casos reales de urgencia que estén relacionados con los cursos de agua internacionales, a diferencia del artículo 27, que se refiere a la prevención y atenuación de los efectos que puedan ser nocivos para los Estados del curso de agua[403].

2) El *párrafo 1* define la expresión «caso de urgencia». Esta definición contiene una serie de elementos importantes e incluye varios ejemplos a título indicativo. Según esa definición, el «caso de urgencia» debe causar «graves daños» a los Estados del curso de agua «o a otros Estados», o crear un peligro inminente de causar tales daños. La gravedad de esos daños y lo súbito del evento justifican las medidas que establece el artículo. La expresión «otros Estados» se refiere a los Estados que, sin ser Estados del curso de agua, pueden resultar afectados por un caso de urgencia. Esos Estados serán normalmente Estados costeros que pueden ser víctimas de daños causados, por ejemplo, por un derrame de sustancias químicas transportadas por un curso de agua internacional hasta el mar. La situación que constituye el

---

398 Véase, por ejemplo, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua* (nota 215 *supra*)

399 Véase, por ejemplo, la Convención por la que se crea la Comisión de la Cuenca del Níger, que dispone que la Comisión realizará actividades de «prevención y control de la sequía y la desertificación» [art. 4, párr. 2, inciso iv) del apartado *c* e inciso iv) del apartado *d*, págs. 58 y 59] Véase asimismo la Convención por la que se crea el Comité Permanente Interestatal de Lucha contra la Sequía en el Sahel [incisos i) y iv) del art 4]

400 Véase, por ejemplo, la recopilación sistemática de las disposiciones de los tratados relativas a las crecidas en el informe presentado en 1972 por el Comité del Derecho de los Recursos Hídricos Internacionales de la Asociación de Derecho Internacional [ILA, *Report of the Fifty-fifth Conference, New York, 1972*, segunda parte *(Flood control)*, Londres, 1974, págs 43 a 97] Varios de esos acuerdos establecen disposiciones sobre consultas, notificación, intercambio de datos e información, funcionamiento de sistemas de alerta, preparación de encuestas y estudios, planificación y ejecución de medidas de lucha contra las crecidas y explotación y mantenimiento de obras

401 Véanse, en especial, los artículos relativos a la lucha contra las inundaciones adoptados en 1972 por la Asociación de Derecho Internacional *(ibid)*

402 Documento A/CN 4/421 y Add 1, párrs 2 a 116

403 Véase el párrafo 1 del comentario al artículo 27 *supra*

caso de urgencia debe surgir «súbitamente». Esto no significa por fuerza, sin embargo, que la situación tenga que ser totalmente imprevista. Por ejemplo, las tendencias meteorológicas pueden proporcionar de antemano un indicio de la probabilidad de una crecida. Como esta situación crearía «un peligro inminente» de causar «graves daños a los Estados del curso de agua», el Estado del curso de agua en cuyo territorio fuera probable que sobreviniese la crecida estaría obligado, de conformidad con el párrafo 2, a notificar el caso de urgencia a los demás Estados que pudieran resultar afectados. Por último, la situación puede resultar «de causas naturales... o de un comportamiento humano». Aunque quizás el Estado del curso de agua no incurriera en responsabilidad con respecto a los efectos nocivos causados en otro Estado del curso de agua por un caso de urgencia sobrevenido en el primero y enteramente atribuible a causas naturales, las obligaciones enunciadas en los párrafos 2 y 3 se aplicarían con todo a ese caso de urgencia[404].

3) El *párrafo 2* dispone que todo Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un caso de urgencia lo notificará «sin demora y por los medios más rápidos de que disponga» a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes. Obligaciones análogas figuran enunciadas, por ejemplo, en la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, y en diversos convenios relativos a cursos de agua internacionales[405]. Las palabras «sin demora» significan en seguida que se tenga conocimiento del caso de urgencia, y las palabras «por los medios más rápidos de que disponga» significan que tiene que utilizarse el medio de comunicación más rápido a que se pueda recurrir. Los Estados a los que hay que dirigir la notificación no son sólo los Estados del curso de agua ya que, como se ha señalado anteriormente, pueden resultar afectados por un caso de urgencia Estados que no son Estados del curso de agua. El párrafo dispone asimismo que se dirija la notificación a «las organizaciones internacionales competentes». Tales organizaciones tienen que ser competentes, en virtud de su instrumento constitutivo, para participar en las medidas que se adopten para hacer frente al caso de urgencia. En la mayoría de los casos, esa organización será una organización creada por los Estados del curso de agua para, entre otras cosas, hacer frente a casos de urgencia[406].

4) El *párrafo 3* dispone que el Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un caso de urgencia «tomará inmediatamente... todas las medidas posibles... para prevenir, atenuar y eliminar los efectos nocivos del caso de urgencia». Las medidas más eficaces para contrarrestar los efectos de la mayoría de los casos de urgencia que resultan de un comportamiento humano son las que se toman cuando sobreviene un accidente industrial, la encalladura de un navío u otro evento. Pero el párrafo dispone solamente que se tomen todas las medidas «posibles», es decir las que son factibles, viables y razonables. Además, sólo las medidas «que requieran las circunstancias», es decir las que estén justificadas por la situación objetiva creada por el caso de urgencia y sus posibles efectos en otro Estado. Como el párrafo 2, el párrafo 3 prevé la posibilidad de la existencia de una organización internacional competente, como una comisión mixta, con la que el Estado del curso de agua podrá cooperar al tomar las medidas necesarias. Y, por último, se establece también la cooperación con los Estados que puedan resultar afectados (incluidos, en este caso también, los Estados que no son Estados del curso de agua). Tal cooperación puede ser especialmente apropiada en el caso de los cursos de agua contiguos, o cuando un Estado que pueda resultar afectado esté en condiciones de prestar asistencia en el territorio del Estado del curso de agua en que haya sobrevenido el caso de urgencia.

5) El *párrafo 4* contiene una obligación de distinto carácter de las enunciadas en los dos párrafos precedentes, ya que dispone que se adopten medidas previas y no posteriores. La necesidad de elaborar planes para hacer frente a los posibles casos de urgencia ha sido ya reconocida claramente. Por ejemplo, el artículo 199 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone que «los Estados elaborarán y promoverán en común planes de emergencia para hacer frente a incidentes de contaminación en el medio marino».

6) La obligación enunciada en el párrafo 4 incluye la salvedad «cuando proceda», en reconocimiento del hecho de que cabe que las circunstancias de algunos Estados del curso de agua y algunos cursos de agua internacionales no justifiquen quizás los esfuerzos y gastos que entraña la elaboración de planes de urgencia. La procedencia de tales planes dependerá, por ejemplo, de si las características del medio natural del curso de agua, o los usos a que éste y las zonas terrestres adyacentes están destinados, apuntan a la posibilidad de que sobrevengan casos de urgencia.

7) La responsabilidad principal de la elaboración de planes de urgencia recae en los Estados del curso de agua pero, en muchos casos, será apropiado prepararlos en cooperación con «los demás Estados que puedan resultar afectados y las organizaciones internacionales competentes». Por ejemplo, el establecimiento de sistemas de alerta eficaces quizás necesite la participación de otros Estados que no son Estados del curso de agua, así como la de organizaciones internacionales con competencia en esta esfera concreta. Por otra parte, la coordinación de las medidas para hacer frente a los casos de urgencia quizás sea más eficaz encomendarla a una organización internacional competente creada por los Estados interesados.

[404] Es decir que la violación de una de esas obligaciones daría lugar a la responsabilidad de ese Estado.

[405] Véanse, por ejemplo, el artículo 11 del Convenio relativo a la protección del Rin contra la contaminación química; el Convenio entre el Canadá y los Estados Unidos sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos (nota 336 *supra*); y el Acuerdo entre los Gobiernos de Francia y de Suiza del 5 de mayo de 1977 sobre la intervención de los órganos encargados de la lucha contra la contaminación accidental de las aguas por hidrocarburos u otras sustancias reconocidas como capaces de alterar las aguas en el Convenio franco-suizo de 16 de noviembre de 1962 sobre la protección del lago Léman contra la contaminación (*Recueil des lois fédérales*, N.° 51, Berna, 19 de diciembre de 1977, pág. 2204).

[406] Véase, por ejemplo, el artículo 11 del Convenio relativo a la protección del Rin contra la contaminación química.

SEXTA PARTE

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 29.—Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado

Los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional o interno y no serán utilizados en violación de esos principios y normas.

Comentario

1) El artículo 29 se refiere a la protección que se ha de dar a los cursos de agua internacionales e instalaciones conexas y a su utilización en tiempos de conflicto armado. El artículo, que ha de entenderse sin perjuicio del derecho vigente, no establece ninguna norma nueva. Simplemente sirve para recordar que los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado interno o internacional contienen importantes disposiciones relativas a los cursos de agua internacionales y las obras conexas. En términos generales, estas disposiciones pueden clasificarse en dos categorías: las relativas a la protección de los cursos de agua internacionales y las obras conexas y las que tratan de la utilización de tales cursos de agua y obras. Dado que la reglamentación detallada de este tema rebasaría el alcance de un instrumento marco, el artículo 29 se limita a hacer referencia a cada una de esas categorías de principios y normas.

2) Los principios y normas de derecho internacional «aplicables» en un caso determinado son aquellos que son obligatorios para los Estados de que se trate. Así como el artículo 29 no altera ni modifica el derecho vigente, tampoco pretende hacer extensiva la aplicabilidad de un instrumento a Estados que no sean partes en él. Por otra parte, el artículo 29 no va dirigido solamente a los Estados del curso de agua, dado que los cursos de agua internacionales y las obras conexas también pueden ser utilizados o atacados por otros Estados en tiempos de conflicto armado. Aunque un Estado que no sea parte en los presentes artículos no estaría obligado por esta disposición, se consideró necesario incluir en ella a los Estados ajenos al curso de agua por la importancia capital del tema y porque la función principal del artículo es, en cualquier caso, servir simplemente de recordatorio a los Estados de la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados a los cursos de agua internacionales.

3) Por supuesto, los presentes artículos permanecen en vigor incluso en épocas de conflicto armado. La obligación que tienen los Estados de curso de agua de proteger y utilizar los cursos de agua internacionales y las obras conexas en conformidad con los artículos permanece en vigor durante esos períodos. Sin embargo, la guerra puede afectar a un curso de agua internacional así como a la protección y uso del mismo por los Estados del curso de agua. En tales casos el artículo 29 deja claro que se aplican las normas y los principios que rigen los conflictos armados. Por ejemplo, el envenenamiento de los suministros de agua está prohibido por las Convenciones de La Haya de 1907 relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre[407] y el párrafo 2 del artículo 54 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, mientras que el artículo 56 de ese Protocolo protege las presas, los diques y otras obras de ataques que «puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil». Protecciones similares se aplican en los conflictos armados no internacionales en virtud de los artículos 14 y 15 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. También guarda relación con la protección de los cursos de agua internacionales en época de conflicto armado la disposición del Protocolo I en el sentido de que «en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves» (párrafo 1 del artículo 55)[408]. En los casos no cubiertos por una norma concreta se ofrecen ciertas protecciones fundamentales en la «cláusula Martens». Esta cláusula, que se insertó originariamente en el preámbulo de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y se ha incluido posteriormente en una serie de convenios y protocolos[409], tiene hoy ya la condición de derecho internacional general. Básicamente dispone que incluso en casos no cubiertos por acuerdos internacionales concretos, los civiles y combatientes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios de derecho internacional derivados de los usos establecidos, de los principios humanitarios y de los dictados de la conciencia pública. El mismo principio general se expresa en el artículo 10 del presente proyecto de artículos, que dispone que al conciliar un conflicto entre los usos de un curso de agua internacional se ha de prestar especial atención a la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.

Artículo 30.—Procedimientos indirectos

Cuando haya graves obstáculos para establecer contactos directos entre Estados del curso de agua, los Estados interesados cumplirán las obligaciones de cooperación que les incumben con arreglo a los presentes artículos mediante el intercambio de datos e información, la notificación, la comunicación, las consultas y las negociaciones, por cualquier procedimiento indirecto que hayan aceptado.

---

[407] Artículo 23 del Reglamento anexo a la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, en *American Journal of International Law*, vol. 2 (1908), pág. 106. Véase un comentario al artículo 23 en L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 7.ª edición; H. Lauterpacht, ed. (Londres, Longmans, Green, 1952), vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, pág. 340, secc. 110.

[408] Una disposición más general en el mismo sentido figura en el párrafo 3 del artículo 35 («Normas fundamentales») del mismo Protocolo.

[409] Por ejemplo, el Protocolo de 17 de junio de 1925 para la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (preámbulo, párrs. 1 y 3); los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Convenio I, art. 63, párr. 4; Convenio II, art. 62, párr. 4; Convenio III, art. 142, párr. 4; y Convenio IV, art. 158, párr. 4); Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 1, párr. 2); y la Convención de 1980 sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de tener efectos indiscriminados (preámbulo, párr. 5).

Comentario

El artículo 30 trata del caso excepcional en que no puedan establecerse contactos directos entre los Estados del curso de agua interesados. Como ya se ha indicado en el comentario al artículo 9 (párr. 3), circunstancias como un conflicto armado o la ausencia de relaciones diplomáticas pueden representar graves obstáculos para el establecimiento de los tipos de contactos directos previstos en los artículos 9 a 19. No obstante, incluso en esas circunstancias habrá a menudo cauces que los Estados interesados utilicen a efectos de comunicarse informaciones entre sí. Ejemplos de esos cauces son terceros países, comisiones de armisticio y los buenos oficios de organizaciones internacionales. El artículo 30 requiere que las diversas formas de contacto previstas en los artículos 9 a 19 se efectúen por medio de cualquier cauce o «procedimiento indirecto» que hayan aceptado los Estados interesados. Todas las formas de contacto previstas en los artículos 9 a 19 quedan incluidas en las expresiones empleadas en el artículo 30, a saber, «intercambio de datos e información, la notificación, la comunicación, las consultas y las negociaciones».

Artículo 31.—Datos e información vitales para la defensa y la seguridad nacionales

Nada de lo dispuesto en los presentes artículos obliga a ningún Estado del curso de agua a proporcionar datos o información que sean vitales para su defensa o seguridad nacionales. No obstante, todo Estado del curso de agua cooperará de buena fe con los demás Estados del curso de agua para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias.

Comentario

El artículo 31 establece una excepción muy estricta a los requisitos de los artículos 9 a 19. La Comisión opina que no sería realista suponer que los Estados estén de acuerdo con la difusión de información vital para su defensa o seguridad nacionales. Sin embargo, al mismo tiempo, un Estado del curso de agua que pueda experimentar los efectos perjudiciales de las medidas proyectadas no debe carecer por entero de información acerca de esos posibles efectos. Por consiguiente, el artículo 31 dispone que un Estado que retenga información «cooperará de buena fe con los demás Estados del curso de agua para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias». Las «circunstancias» mencionadas son las que determinaron la retención de los datos o información. La obligación de proporcionar «toda la información que sea posible» puede cumplirse en muchos casos facilitando una descripción general de la forma en que las medidas alterarían el estado del agua o afectarían a otros Estados. El artículo tiene, pues, por objeto lograr un equilibrio entre las necesidades legítimas de los Estados interesados: la necesidad de que la información delicada sea confidencial, por una parte, y la necesidad de información relativa a los posibles efectos perjudiciales de las medidas proyectadas, por otra. Como siempre, la excepción que establece el artículo 31 ha de entenderse sin perjuicio de las obligaciones que incumben al Estado que proyecta tomar las medidas en virtud de los artículos 5 y 7.

Artículo 32.—No discriminación

Salvo que los Estados del curso de agua interesados hayan acordado otra cosa para la protección de los intereses de las personas, naturales o jurídicas, que hayan sufrido daños transfronterizos sensibles a consecuencia de actividades relacionadas con un curso de agua internacional, o que estén expuestas a un riesgo grave de sufrir tales daños, los Estados del curso de agua no incurrirán en discriminación basada en la nacionalidad o la residencia o el lugar en que se produjeron los daños por lo que respecta al reconocimiento de la libertad de acceso de esas personas, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos, al proceso judicial o de otra índole, o de su derecho a reclamar indemnización u otro resarcimiento de los daños sensibles causados por tales actividades realizadas bajo su jurisdicción.

Comentario

1) El artículo 32 establece el principio básico de que los Estados del curso de agua deben conceder acceso a sus procedimientos judiciales o de otra índole sin discriminación sobre la base de la nacionalidad, la residencia o el lugar donde se produjeron los daños.

2) Este artículo contiene dos elementos básicos, a saber, no discriminación por motivos de nacionalidad o residencia y no discriminación sobre la base del lugar donde se produjo el daño. La norma establecida obliga a los Estados a asegurar que toda persona, sea cual fuere su nacionalidad o su lugar de residencia, que haya sufrido daños transfronterizos sensibles a consecuencia de actividades relacionadas con un curso de agua internacional reciba, independientemente del lugar donde ocurriera o pudiera ocurrir el daño, el mismo trato que dispensa el país de origen a sus nacionales en caso de daño interno. Esta obligación no afectaría a la práctica vigente en algunos Estados que requiere que los extranjeros depositen una fianza como condición para recurrir a los tribunales con objeto de cubrir las costas procesales u otros gastos. Según el artículo esa práctica no constituye «discriminación» y se admite por medio de la frase «de conformidad con sus ordenamientos jurídicos». Como indican las palabras «que hayan sufrido daños transfronterizos sensibles... o que estén expuestas a un riesgo grave de sufrir tales daños», la regla de la no discriminación se aplica tanto a los casos en los que realmente se hayan causado daños como a los casos en que los daños sean potenciales. Dado que el procedimiento administrativo puede ser la manera más eficaz de abordar los casos de este último tipo, el artículo, al referirse al «proceso judicial o de otra índole», requiere que de forma no discriminatoria se conceda acceso tanto a los tribunales como a cualquier procedimiento administrativo pertinente.

3) La norma es de carácter supletorio, como denota la frase «Salvo que los Estados del curso de agua interesados hayan acordado otra cosa...». Esto significa que los Estados pueden convenir otra cosa acerca de los mejores

medios de prestar ayuda a las personas que han sufrido o se hallan bajo la grave amenaza de sufrir un daño sensible, por ejemplo mediante cauces diplomáticos. La frase «para la protección de los intereses de las personas... que hayan sufrido...» se ha empleado para dejar claro que la frase «hayan acordado otra cosa» no tiene por objeto sugerir que los Estados pueden decidir por acuerdo mutuo discriminar al conceder acceso a sus procedimientos judiciales o de otra índole o el derecho a indemnización. Queda claro que la finalidad del acuerdo entre los Estados debe ser siempre la protección de los intereses de las víctimas o víctimas potenciales del daño. Más bien lo que se pretende es que la cuestión pueda resolverse a nivel diplomático o de Estado a Estado si los Estados interesados acuerdan hacerlo así.

4) El artículo dispone también que los Estados no pueden discriminar sobre la base del lugar en que se produjo el daño. En otros términos, si se causa un daño sensible en el Estado A a consecuencia de una conducta en el Estado B, éste no puede excluir una acción por razón de que el daño ocurriera fuera de su jurisdicción[410].

5) Un miembro de la Comisión juzgó inaceptable el proyecto de artículo en su conjunto por considerar que trataba de las relaciones entre Estados y no debía extenderse al ámbito de los actos de personas naturales o jurídicas con arreglo al derecho interno. Dos miembros de la Comisión sostuvieron que no era aconsejable este artículo a la vista del amplio alcance de los presentes artículos, ya que cabía interpretar que establecía la obligación de los Estados de conceder a los súbditos extranjeros basados en sus respectivos territorios derechos que, no sólo desde el punto de vista de procedimiento sino en todos los demás aspectos, serían iguales a los derechos de sus propios nacionales. En opinión de esos miembros, tal ampliación del principio del agotamiento de los recursos internos no correspondería al contenido actual de dicho principio.

6) Precedentes de la obligación contenida en el artículo 32 pueden hallarse en acuerdos internacionales y en recomendaciones de organizaciones internacionales. Por ejemplo, la Convención sobre la protección del medio ambiente celebrada entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, de 19 de febrero de 1974, dispone lo siguiente en su artículo 3:

> Toda persona que resulte afectada o pueda resultar afectada por un daño causado por actividades ambientalmente nocivas en otro Estado contratante tendrá derecho a plantear ante el tribunal o la autoridad administrativa competentes de ese Estado la cuestión de la permisibilidad de tales actividades, incluida la cuestión de las medidas encaminadas a prevenir daños, y a apelar contra la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa, en la misma medida y en las mismas condiciones que una entidad jurídica del Estado en el que se estén realizando las actividades.
>
> Lo dispuesto en el primer párrafo del presente artículo se aplicará también en el caso de procedimientos relativos a la indemnización por daños causados por actividades ambientalmente nocivas. La cuestión de la indemnización no se juzgará por normas que sean menos favorables a la parte lesionada que las normas de indemnización del Estado en el que se estén realizando las actividades[411].

El Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha aprobado una recomendación sobre la aplicación de un régimen de igualdad de derechos de acceso y de no discriminación en relación con la contaminación transfronteriza. El apartado *a* del párrafo 4 de esa recomendación dispone lo siguiente:

> Los países de origen garantizarán que toda persona que haya sufrido daños a causa de contaminación transfronteriza o esté expuesta a un riesgo importante de contaminación transfronteriza recibirá por lo menos un trato equivalente al otorgado en el país de origen, en casos de contaminación interna y en circunstancias comparables, a personas de situación o condición equivalentes[412].

Artículo 33.—Solución de controversias

1. A falta de acuerdo aplicable entre los Estados del curso de agua interesados, cualquier controversia relativa al curso de agua con respecto a una cuestión de hecho o a la interpretación o aplicación de los presentes artículos se solucionará con arreglo a las disposiciones siguientes:

***a)* Si surge una cuestión de esa naturaleza, los Estados interesados iniciarán sin demora consultas y negociaciones con miras a lograr soluciones equitativas de la controversia, utilizando, como corresponda, las instituciones conjuntas del curso de agua que hubieren establecido.**

***b)* Si los Estados interesados no han llegado a la solución de la controversia mediante consultas y negociaciones transcurridos seis meses desde la fecha en que uno de ellos solicitó la iniciación de dichas consultas y negociaciones, se recurrirá, en cualquier momento que formule la petición uno de los Estados interesados, a un método imparcial de determinación de los hechos o, si lo acuerdan esos mismos Estados, a la mediación o la conciliación.**

i) A menos que se acuerde otra cosa, se establecerá una comisión de determinación de los hechos, integrada por un miembro designado por cada Estado interesado y además por un miembro que no tenga la nacionalidad de ninguno de los Estados interesados que será elegi-

---

[410] Cabe señalar que en el asunto de la *Fundición de Trail* fue necesario el arbitraje internacional porque los tribunales del Estado del que emanaban los humos no reconocieron a la sazón el derecho de reparación por daños producidos fuera de su jurisdicción, aun cuando el daño fue causado por operaciones realizadas dentro de su jurisdicción [Naciones Unidas, *Recueil...*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.].

[411] Disposiciones similares pueden hallarse en el párrafo 6 del artículo 2 de la Convención sobre la evaluación de las repercusiones ambientales en un contexto transfronterizo; en las Directrices sobre responsabilidad y la obligación de reparar en caso de contaminación de aguas transfronterizas, parte II.B.8, preparadas por el Grupo Especial sobre responsabilidad y obligación de reparar en caso de contaminación de aguas transfronterizas (documento ENVWA/R.45, anexo); y el párrafo 6 del proyecto de carta de la CEPE sobre derechos y obligaciones ambientales, preparado en una reunión de expertos sobre derecho ambiental, 25 de febrero a 1.º de marzo de 1991 (documento ENVWA/R.38, anexo I).

[412] Documento de la OCDE C(77)28 (Final), anexo, en *L'OCDE et l'environnement* (véase nota 296 *supra*), pág. 171. Véase en el mismo sentido el Principio 14 de los «Principios de Conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados» (véase nota 277 *supra*). Un análisis del principio de igualdad de acceso puede hallarse en S. Van Hoogstraten, P. Dupuy y H. Smets, «L'égalité d'accès: Pollution transfrontière», *Environmental Policy and Law*, vol. 2, N.º 2, junio de 1976, pág. 77.

do por los miembros designados y que actuará de presidente.

ii) Si los miembros designados por los Estados no pueden ponerse de acuerdo en el nombramiento de presidente en un plazo de cuatro meses a contar desde la solicitud de establecimiento de la comisión, cualquiera de los Estados interesados podrá solicitar del Secretario General de las Naciones Unidas que nombre presidente. Si uno de los Estados no designa el miembro de la comisión en un plazo de cuatro meses a contar desde la solicitud inicial presentada con arreglo al párrafo *b*, cualquier otro Estado interesado podrá solicitar del Secretario General de las Naciones Unidas que designe a una persona que no tenga la nacionalidad de ninguno de los Estados interesados, la cual constitulrá una comisión unipersonal.

iii) La comisión determinará su propio procedimiento.

iv) Los Estados interesados tienen la obligación de proporcionar a la comisión la información que solicite y, previa petición, permitirle tener acceso a su territorio respectivo e inspeccionar cualesquiera instalaciones, planta, equipo, construcción o particularidad física que sea pertinente a los efectos de su investigación.

v) La comisión aprobará su informe por mayoría, a menos que sea una comisión unipersonal, y lo presentará a los Estados interesados, exponiendo en él sus conclusiones y los fundamentos de las mismas así como las recomendaciones que considere apropiadas.

vi) Los gastos de la comisión serán sufragados a partes iguales por los Estados interesados.

***c*) Si los Estados interesados no han podido solucionar la controversia después de transcurridos doce meses desde la petición inicial de que se recurra a la determinación de los hechos, la mediación o la conciliación o, después de transcurridos seis meses desde la recepción del informe de la comisión, según cuál de estos plazos se cumpla después, podrán mediante acuerdo someter la controversia a arbitraje o arreglo judicial.**

Comentario

1) El artículo 33 establece una regla básica para la solución de las disputas relacionadas con los cursos de agua. La norma tiene carácter subsidiario y se aplica cuando los Estados del curso de agua interesados no disponen de un acuerdo aplicable para la solución de esas controversias.

2) El *apartado* a obliga a los Estados del curso de agua a iniciar consultas y negociaciones cuando surja una controversia acerca de una cuestión de hecho o de la interpretación o aplicación de los presentes artículos. Se alienta a los Estados del curso de agua interesados a que, al efectuar esas consultas y negociaciones, utilicen las instituciones conjuntas del curso de agua que hubieren establecido. Se han empleado las palabras «como corresponda» para denotar el hecho de que al realizar las consultas y negociaciones los Estados del curso de agua interesados tienen libertad para decidir utilizar o no esas instituciones conjuntas del curso de agua.

3) Las consultas y negociaciones deben realizarse de buena fe y de un modo positivo que pueda conducir a una solución equitativa de la controversia. El principio de que las partes en una controversia deben llevar a cabo sus negociaciones de buena fe y de modo positivo es una norma bien establecida de derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Plateau continental de la mer du Nord* entre Dinamarca y la República Federal de Alemania, declaró con respecto a este principio que las partes en una controversia tienen la obligación de comportarse de manera que las negociaciones sean positivas, y no será así si una de ellas insiste en afirmar su propia posición sin pensar en modificarla[413].

4) En el *apartado* b se enuncia el derecho de todo Estado del curso de agua interesado a solicitar el establecimiento de una comisión de determinación de los hechos. El objeto de esta disposición es facilitar la solución de la controversia mediante el conocimiento objetivo de los hechos. La información que se ha de reunir ha de permitir a los Estados interesados resolver la controversia de una manera amistosa y rápida e impedir que se agrave (en realidad se prevé que el hecho de que los Estados del curso de agua dispongan de un mecanismo de determinación de los hechos impedirá con frecuencia que surjan controversias al eliminar cualesquiera cuestiones relativas a la naturaleza de los hechos pertinentes). La determinación de los hechos como medio de solución de los conflictos ha sido objeto de considerable atención por parte de los Estados. Por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado una Declaración sobre la determinación de los hechos en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales[414] en la que define la determinación de los hechos como «el conocimiento detallado que adquieran de las circunstancias reales de cualquier controversia o situación cuya continuación pueda amenazar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales...». La petición de determinación de los hechos puede hacerla cualquiera de las partes en la controversia en cualquier momento una vez transcurridos seis meses desde el inicio de las consultas y negociaciones. La norma también prevé que los Estados del curso de agua interesados pueden recurrir a la mediación o la conciliación a petición de cualquiera de ellos y si así lo acuerdan las demás partes en la controversia. Todas las partes en la controversia deben dar su consentimiento antes de recurrir a la mediación o a la conciliación.

5) Los *incisos i)* a *vi)* prevén la constitución y el funcionamiento de la comisión de determinación de los hechos solicitada en cumplimiento del apartado *b* del párrafo 1. Se dispone que, a menos que las partes acuerden otra cosa[415], la determinación de los hechos correrá a cargo de una comisión de determinación de los hechos

[413] Véase nota 196 *supra*

[414] Resolución 46/59 de la Asamblea General, anexo.

[415] Las partes tienen amplia libertad, por ejemplo, para establecer una comisión unipersonal o variar en otro sentido cualquier aspecto del acuerdo, incluido el número de miembros de la comisión.

establecida de conformidad con el apartado *b* del párrafo 1 de este artículo.

6) El *inciso ii)* da a los miembros designados un período de cuatro meses después del establecimiento de la comisión para ponerse de acuerdo sobre el nombramiento del presidente. Si no pueden ponerse de acuerdo a este respecto cualquier parte en la controversia podrá solicitar del Secretario General de las Naciones Unidas que nombre presidente. La disposición también prevé que cualquiera de las partes en la controversia podrá pedir al Secretario General de las Naciones Unidas que nombre una comisión unipersonal si una de las partes no designa un miembro para integrar la comisión en un plazo de cuatro meses. La persona que se designe no podrá tener la nacionalidad de ninguno de los Estados interesados. Estas disposiciones tienen por objeto evitar que el mecanismo de solución de controversias se frustre por falta de cooperación de una de las partes.

7) El *inciso iii)* dispone que la comisión de determinación de los hechos establecerá su propio procedimiento.

8) El *inciso iv)* obliga a todos los Estados del curso de agua interesados a facilitar a la comisión la información que necesite. Este requisito se basa en disposiciones similares que han sido bastante comunes desde que se elaboraron los Tratados Bryan[416]. Los Estados del curso de agua interesados están obligados también a facilitar a la comisión el acceso a sus respectivos territorios con el fin de inspeccionar las instalaciones, equipos, construcciones o particularidad física que sea pertinente a los efectos de su investigación.

9) De conformidad con el *inciso v)*, la comisión habrá de aprobar su informe por mayoría. Cuando la comisión sea unipersonal el informe será el de su único miembro. La comisión ha de presentar su informe a los Estados interesados y debe exponer en él sus conclusiones y los fundamentos de las mismas. También puede formular recomendaciones si considera apropiado hacerlo.

10) La norma contenida en el *inciso vi)* exige que los gastos de la Comisión sean sufragados a partes iguales por los Estados del curso de agua interesados. Por supuesto, las partes pueden convenir otro procedimiento.

11) En el *apartado* c se establece una norma para el sometimiento de la controversia a arbitraje o arreglo judicial. En caso de que sean más de dos los Estados del curso de agua partes en una controversia y algunos de esos Estados, pero no todos, hayan convenido en someterla a un tribunal o a la Corte Internacional de Justicia, se ha de entender que los derechos de otros Estados del curso de agua que no hayan convenido en someter la controversia al tribunal o a la Corte Internacional de Justicia no pueden verse afectados por la decisión de ese tribunal o de la Corte Internacional de Justicia.

[416] G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), United States Government Printing Office, vol. VI, 1943, pág. 5.

*
* *

RESOLUCIÓN SOBRE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS TRANSFRONTERIZAS

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo completado **su examen del tema sobre «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación»,**

Habiendo examinado **en ese contexto las aguas subterráneas relacionadas con un curso de agua internacional,**

Reconociendo **que las aguas subterráneas confinadas, que son aguas subterráneas no relacionadas con un curso de agua internacional, constituyen también un recurso natural de vital importancia para el sostenimiento de la vida, la salud y la integridad de los ecosistemas,**

Reconociendo también **la necesidad de realizar esfuerzos continuados para elaborar normas relativas a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas,**

Considerando **que los principios contenidos en su proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pueden aplicarse a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas,**

1. *Exhorta* **a los Estados a que se guíen por los principios contenidos en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, cuando proceda, en la regulación de las aguas subterráneas transfronterizas;**

2. *Recomienda* **a los Estados que consideren la posibilidad de concertar acuerdos con el otro Estado o los otros Estados en que se encuentran las aguas subterráneas confinadas transfronterizas;**

3. *Recomienda asimismo* **que, en caso de que surja una controversia relacionada con aguas subterráneas confinadas transfronterizas, los Estados interesados consideren la posibilidad de resolverla de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 33 del proyecto de artículos o de cualquier otra manera que se convenga.**

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

A.—Introducción

223. Con arreglo al plan general del proyecto de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, aprobado por la Comisión en su 27.° período de sesiones, en 1975, la estructura del proyecto debía ser la siguiente: la primera parte versaría sobre el origen de la responsabilidad internacional; la segunda parte tendría por objeto el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional; y una posible tercera parte, si la Comisión decidía incluirla, trataría de la cuestión de la solución de las controversias y del modo de «hacer efectiva» *(mise en œuvre)* la responsabilidad internacional[417].

224. En su 32.° período de sesiones, en 1980, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura la primera parte del proyecto de artículos con el título «Origen de la responsabilidad internacional»[418].

225. En su 32.° período de sesiones, la Comisión también inició el examen de la segunda parte del proyecto de artículos, sobre «Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional».

226. Desde su 32.° período de sesiones, en 1980, hasta su 38.° período de sesiones, en 1986, la Comisión recibió siete informes del Relator Especial, Sr. Willem Riphagen, relativos a la segunda parte y tercera parte del proyecto de artículos[419]. A partir de ese momento, la Comisión dio por sentado que se incluiría en el proyecto de artículos una tercera parte dedicada a la solución de las controversias y al modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional.

227. La Comisión, desde su 40.° período de sesiones, en 1988, hasta su 45.° período de sesiones, en 1993, recibió cinco informes[420] del actual Relator Especial, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, que fue designado en el 39.° período de sesiones.

228. Al concluir el 45.° período de sesiones, la Comisión había adoptado provisionalmente los proyectos de artículos 1 a 5 de la segunda parte[421] y los artículos 6 (Cesación del comportamiento ilícito), 6 *bis* (Reparación), 7 (Restitución en especie), 8 (Indemnización), 10 (Satisfacción) y 10 *bis* (Seguridades y garantías de no repetición)[422]. Además, había recibido del Comité de Redacción los proyectos de artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas) aprobados en primera lectura por el Comité[423]. Por último, había remitido al Comité de Redacción los proyectos de artículos 1 a 6 de la tercera parte (y un anexo a los mismos) relativos a los procedimientos de arreglo de controversias[424], que aún están pendientes ante el Comité de Redacción, junto con las propuestas del anterior Relator Especial sobre el mismo tema[425].

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

229. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el capítulo II del quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/453 y Add.1 a 3)[426] y su sexto informe

---

[417] *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 60 a 64, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

[418] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 25 a 61.

[419] Los siete informes del Relator Especial figuran en:

Informe preliminar: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 113, doc. A/CN.4/330;

Segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 87, doc. A/CN.4/344;

Tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 25, doc. A/CN.4/354 y Add.1 y 2;

Cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/366 y Add.1;

Quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 1, doc. A/CN.4/380;

Sexto informe: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/389;

Séptimo informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 1, doc. A/CN.4/397 y Add.1.

[420] Los cinco informes del Relator Especial figuran en:

Informe preliminar: *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 7, doc. A/CN.4/416 y Add.1;

Segundo informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/425 y Add.1;

Tercer informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 1, doc. A/CN.4/440 y Add.1;

Cuarto informe: *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte) doc. A/CN.4/444 y Add.1 a 3;

Quinto informe: *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/L.453 y Add.1 y Corr.1, 2 y 3 y Add.2 y 3.

[421] Véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 21 y ss.

[422] El texto del párrafo 2 del artículo 5 y de los artículos 6, 6 *bis*, 7, 8, 10 y 10 *bis* y los comentarios a su respecto figuran en *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), párrs. 335 y ss.

[423] Doc. A/CN.4/L.480 y Corr.1 y Add.1.

[424] El texto de los proyectos de artículos 1 a 6 de la tercera parte y de su anexo, presentados por el actual Relator Especial, figura en *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), párrs. 264 y ss., notas 116, 117, 121 a 123 y 125.

[425] El texto de los proyectos de artículos 1 a 5 de la tercera parte y de su anexo, presentados por el anterior Relator Especial, figura en *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 41, nota 86. Estas disposiciones fueron remitidas al Comité de Redacción en el 38.° período de sesiones.

[426] Véase nota 420 *supra*.

(A/CN.4/461 y Add.1 a 3 y Corr.1)[427]. Los informes trataban, por una parte, de la cuestión de las consecuencias de los actos calificados de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos[428] y, por otra parte, de un examen de las disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas tal como se precisa en el proyecto de artículos. La presente sección se ha organizado en consecuencia.

1. La cuestión de las consecuencias de actos calificados de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

230. La Comisión tuvo ante sí el capítulo II del quinto informe del Relator Especial, que le había sido presentado en el anterior período de sesiones[429], y el capítulo II de su sexto informe (E/CN.4/461/Add.1). La Comisión examinó estos documentos en las sesiones 2338.ª a 2343.ª y en la sesiones 2348.ª y 2353.ª, celebradas entre el 16 y el 26 de mayo, el 2 y el 21 de junio de 1994.

231. Tras terminar el examen de los mencionados documentos, la Comisión oyó las conclusiones del Relator Especial, por las que le dio las gracias[430]. La Comisión tomó nota de su propósito de presentar en el próximo período de sesiones artículos o párrafos sobre la cuestión en examen para incluirlos en las partes segunda y tercera. La Comisión también tomó nota de que el Relator Especial se proponía continuar su labor de manera que la Comisión pudiera concluir la primera lectura del proyecto antes de que terminara el actual mandato de sus miembros.

232. Los comentarios y observaciones de los miembros de la Comisión sobre la cuestión de las consecuencias de los actos calificados de delitos en el artículo 19 de la primera parte del proyecto se reflejan en los párrafos 233 a 324 *infra*.

233. Muchos miembros destacaron la complejidad de los problemas planteados, que requerían una reflexión sobre nociones delicadas y cruciales de la comunidad internacional, los sistemas interestatales, la culpa y la responsabilidad penal de los Estados así como las funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas. Se agradeció al Relator Especial su valiosa y erudita contribución al estudio de estos problemas, pese a que se calificaron sus propuestas como relativamente prudentes. El capítulo II del sexto informe, en el que se presentaban en forma de cuestionario las diferentes cuestiones suscitadas por la distinción entre crímenes y delitos, se consideró que era particularmente útil y que sentaba un precedente que debería repetirse.

a) *La distinción entre crímenes y delitos establecida en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos*

i) *El concepto de crimen*

234. Según algunos miembros de la Comisión, la noción de crimen no planteaba dificultades conceptuales y la distinción entre crímenes y delitos reflejaba una diferencia cualitativa entre las infracciones fundamentales al orden público internacional y los delitos ordinarios que no amenazan el principio fundamental en que se basa la sociedad internacional, a saber: la coexistencia de Estados soberanos. Se dijo que esta diferencia era un hecho básico de la vida internacional, ya que con toda evidencia no había ningún denominador común entre la infracción de un acuerdo del transporte aéreo y la agresión o entre la violación de los derechos humanos de un extranjero por agentes de policía y un acto de genocidio. Se señaló también que la diferencia entre las dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos se reconocía en el artículo 19, que fue elaborado con mucho cuidado y adoptado sin oposición por la Comisión en 1976 tras un largo debate y que no convendría cuestionar de nuevo.

235. Otros miembros de la Comisión ponían en duda que existiera la categoría de crímenes de Estado. Se señaló que la magnitud de muchos hechos internacionalmente ilícitos que podían atribuirse a un Estado variaba según el objeto de la obligación infringida, la importancia que la comunidad internacional concediese a la obligación, la naturaleza bilateral o de otro tipo de la obligación y las circunstancias en que se produjera el quebrantamiento de la obligación; y que cuando el hecho ilícito comportaba una lesión a las personas o daños a los bienes de magnitud suficiente para conmover la conciencia de la humanidad, el uso de la palabra «crimen» era habitual tanto en el lenguaje cotidiano como en contextos políticos y jurídicos. Teniendo en cuenta estas circunstancias, se consideró cuestionable hacer una distinción tajante entre crímenes y delitos. La distinción propuesta entre categorías de hechos internacionalmente ilícitos se consideró también irrelevante ya que no parecía reflejarse en sus consecuencias respectivas.

236. Algunos miembros señalaron que, dado que era posible sostener la existencia de un régimen único de la responsabilidad que se extendía sin solución de continuidad desde las infracciones leves, en un extremo, hasta las infracciones excepcionalmente graves, en el otro, siendo las diferencias dentro de ese régimen único esencialmente cuantitativas, el debate entre los partidarios de esta teoría y los que deseaban que el proyecto incluyese una categoría distinta para las infracciones excepcionalmente graves probablemente sería interminable ya que las diferencias cuantitativas, pasado cierto umbral, podrían convertirse en cualitativas.

ii) *La cuestión del fundamento jurídico y político del concepto de crimen*

237. Para algunos miembros, el concepto de crimen estaba arraigado en el derecho positivo y en la realidad de la vida internacional. Se consideró que el concepto tenía una fundamentación política evidente ya que la historia contemporánea estaba llena de ejemplos de crímenes directa o indirectamente imputables al Estado. Además se señaló que era una cuestión *de lege lata* ya que algunos actos, tales como el genocidio y la agresión, eran considerados por toda la comunidad internacional atentatorios contra sus derechos fundamentales o, como el genocidio o el *apartheid*, eran calificados de criminales en convenciones internacionales. Se dijo también

---

[427] Véase *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte).

[428] Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 94 y ss.

[429] Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), párrs. 283 a 334.

[430] Véanse los párrafos 325 a 343 *infra*.

que, en términos generales, los elementos componentes de un crimen internacional se desprendían de la jurisprudencia, de la práctica de los Estados y de las decisiones de los tribunales internacionales. A este respecto se aludió a la labor de los tribunales de Nuremberg y Tokio y al fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*[431]. Con respecto a ese fallo, se señaló la diferencia entre crimen y violación de una obligación *erga omnes*. Se indicó que la Corte no se limitó a hablar de obligaciones *erga omnes* sino que destacó «la importancia de los derechos considerados», indicando que con ello se refería a violaciones particularmente graves (por ejemplo la agresión, el genocidio, los atentados contra los derechos fundamentales de la persona) y no a «delitos ordinarios» como el atentado contra el derecho de paso en tránsito por un estrecho internacional, que imponía también una obligación *erga omnes* al Estado ribereño. Algunos miembros, aun opinando que la noción de crimen de Estado no era *de lege lata*, se declararon dispuestos, no sin formular algunas advertencias, a aceptar que fueran calificados de crimen algunos actos que no pueden ser cometidos más que por Estados. A este respecto se señaló la necesidad de ser cautos, basándose en que si la Comisión se aventuraba en la esfera de la *lege ferenda*, se abriría una caja de Pandora de opciones que serían difíciles de limitar.

238. Para otros miembros de la Comisión, el concepto de crimen no era *de lege lata* porque no existía ningún instrumento que obligase a los Estados a admitirlo. Los argumentos a favor del concepto derivados de las disposiciones sobre *jus cogens* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no se consideraron convincentes por dos razones; primera, porque la inexistencia o nulidad *ab initio* de un contrato o de un tratado concluido contra *bonos mores* o contra el *jus cogens* no entrañaban necesariamente la calificación de criminal de ese acto o instrumento y, en segundo lugar, porque la inclusión de la noción de *jus cogens* en la Convención se había subordinado a la aceptación de la competencia de la Corte Internacional de Justicia. Se dijo que tampoco eran convincentes los argumentos derivados de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[432] (que sugería que algunas disposiciones de la Convención habían pasado a formar parte integrante del derecho internacional) o del asunto *Barcelona Traction*, teniendo presente que reconocer el concepto de violación *erga omnes* no equivalía a reconocer la existencia de una nueva categoría, cualitativamente diferente, de actos *contra legem* ni a un cuestionamiento de la distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. Se señaló también que no se hablaba de la responsabilidad criminal de los Estados ni en los documentos relativos a la capitulación de Alemania y el Japón ni en los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados. Se adujo, además, *a*) el hecho de que varios Estados habían rechazado expresamente el concepto de crimen por considerarlo carente de base *lege lata* y que introducir la distinción propuesta tendería a disminuir en vez de aumentar la posibilidad de que el proyecto obtuviera la máxima aceptación posible; y *b*) que la creación *de lege ferenda* de categorías de violaciones de naturaleza diferente comprometería la eficacia del concepto de violación *erga omnes*.

iii) *El tipo de responsabilidad que implican las infracciones calificadas de crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos*

239. La cuestión de si un Estado podía incurrir en responsabilidad criminal dio lugar a opiniones diferentes.

240. Según algunos miembros, había que renunciar a criminalizar los Estados ya que un Estado no podía asimilarse a su gobierno o al puñado de hombres que en un momento dado se encargasen de la dirección de sus asuntos. Según estos miembros, los crímenes los cometían individuos que utilizaban el territorio y los recursos del Estado para cometer delitos internacionales para sus propios fines criminales. A este respecto se recordó el requisito de *mens rea*, el cual, se dijo, debía distinguirse del procedimiento de atribución de responsabilidad, es decir la ficción jurídica por la cual, a los efectos de asegurar la indemnización suficiente por el daño causado, no se permite que el superior escape a la responsabilidad de indemnizar; no era posible atribuir la *mens rea* de un individuo a otro y aún menos de un individuo a una entidad jurídica como el Estado. Se mencionó además la máxima *societas delinquere non potest*, según la cual un Estado y su población en conjunto no podían ser sujeto de derecho penal y se opinó que, según los principios del derecho penal, era dudoso que un órgano administrativo, en cuanto persona jurídica, pudiera considerarse tal. A este respecto se señaló que muchas normas de derecho positivo no preveían la culpabilidad de las personas jurídicas ni las sanciones correspondientes. También se hicieron las observaciones siguientes: *a*) los requisitos de la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* (es decir la existencia, primero, de normas definidas y de criterios objetivos para determinar si un delito constituye crimen y, segundo, de sanciones que tengan las características de pena en el derecho penal) no se cumplían en la época actual; y *b*) que si se aceptaba el concepto de crimen de Estado se socavaría la posición del Estado, resultado que difícilmente aceptaría una comunidad internacional de mentalidad realista.

241. Además se consideró inconcebible atribuir la responsabilidad criminal a un Estado en ausencia de un órgano jurídico encargado de juzgar y castigar a los Estados. A este respecto se señaló que la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, único órgano judicial permanente para la solución de controversias en la comunidad internacional, se basaba en la aceptación voluntaria y que el Consejo de Seguridad tenía esencialmente poderes de policía que en modo alguno eran los de un tribunal de justicia.

242. Se expresó también la preocupación de que la atribución de responsabilidad criminal a un Estado tacharía de criminalidad a todo un pueblo de un Estado, lo que podría conducir a un castigo colectivo[433].

[431] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Segunda fase), fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 32.

[432] *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 23.

[433] Las opiniones sobre esta cuestión se reflejan con más detalle en la subsección dedicada a las consecuencias de los crímenes (véanse los párrs. 289 a 295 *infra*).

243. A juicio de otros miembros, la idea de la responsabilidad de los Estados por crímenes no planteaba dificultades de orden conceptual. En efecto, cabía muy bien imaginar una noción equivalente a la de intención delictiva *(mens rea)* en el caso de los hechos imputables a los Estados. A este respecto se señaló que, si bien la responsabilidad penal era en principio una responsabilidad individual, también podía ser, en virtud del progreso del derecho, una responsabilidad colectiva, y que reconocer en determinadas condiciones y circunstancias la responsabilidad penal de una persona jurídica era más un progreso que un retroceso del derecho, como demostraba la reciente evolución de ciertos sistemas jurídicos internacionales. Al respecto se recordó que la máxima *societas delinquere non potest* tenía cada vez menos adeptos, en particular si se pensaba en la delincuencia económica y financiera, por ejemplo el blanqueo de dinero. En estos casos, los comportamientos criminales más graves de los Estados requerían una política represiva apropiada cuya naturaleza, aun siendo punitiva, no podía ser aflictiva como sucedía con los individuos culpables de crímenes. Al respecto se señalaron las «medidas políticas» (enumeradas en el párrafo 289 *infra*) de que podía ser objeto el Estado autor de un crimen.

244. Se dijo también que en la época actual la capacidad de un Estado de perjudicar a toda la comunidad internacional era tan grande que no se podía dejar que una sociedad achacara a simples individuos la responsabilidad de crímenes cometidos en su nombre y que, por tanto, debía aceptarse la noción de crimen de Estado, incluso si las sanciones colectivas contra el Estado que acarrearía ese crimen pudieran perjudicar a toda su población y no sólo a sus dirigentes[434]. Se agregó que en la historia había ejemplos de Estados criminales y que no había motivos para no decirlo rotundamente.

245. Finalmente otros miembros, aunque coincidían en que la cuestión de la responsabilidad penal del Estado era muy delicada y planteaba en particular el problema de la responsabilidad colectiva, estimaron que la divergencia de opiniones antes reflejada no era pertinente en el actual contexto. Recordaron al respecto que la Comisión no se había propuesto en 1976 establecer la responsabilidad penal del Estado y que el uso del término «crimen» no prejuzgaba para nada la cuestión de saber cuál era el contenido de la responsabilidad por un crimen internacional. Al respecto se indicó que en derecho internacional la responsabilidad del Estado no era penal ni civil. Era simplemente internacional, diferente y específica. Su especificidad se manifestaba particularmente en que algunos hechos internacionalmente ilícitos, en lugar de comprometer sólo al Estado, comprometían además individualmente a sus autores, quienes no podían ampararse en las inmunidades que les conferían sus funciones.

iv) *Necesidad de un concepto de crimen: otros enfoques posibles*

246. Para algunos miembros el concepto de crimen presentaba un interés esencial, que era el de liberar a las normas sobre la responsabilidad de los Estados de la sujeción del bilateralismo y dar a la comunidad internacional la posibilidad de intervenir en los casos de hechos especialmente graves para defender tanto los derechos e intereses del Estado víctima como los de la comunidad internacional, actuando en el marco de las instituciones o por mediación de Estados individuales. A este respecto, se observó que, en el caso de los crímenes internacionales, la víctima era la comunidad de Estados, como entidad jurídica distinta, y que el concepto de crimen internacional ayudaba a promover a la comunidad internacional a la condición jurídica de, por decirlo así, una autoridad cuasi pública.

247. Según otras opiniones expresadas en la Comisión, la distinción entre crimen y delito no resultaba necesaria ni apropiada en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, cuya finalidad no era sancionar a éstos sino exigirles que indemnizaran por los daños causados. Se observó que, si se consideraba necesario liberar a la comunidad internacional de la sujeción del bilateralismo, un concepto de crimen internacional no era para ello ni necesario ni suficiente: no era necesario, porque nada justificaba llegar hasta la idea de un castigo que suscitaba inevitablemente la palabra crimen, ni era suficiente, porque no regulaba lo que ocurriría con el conjunto de las violaciones *erga omnes*. Se dijo también que las preocupaciones subyacentes en el concepto de crimen de Estado habían perdido gran parte de su pertinencia desde 1976, al haber terminado la guerra fría, haberse atenuado las tensiones Norte-Sur y haber retrocedido el *apartheid* y el colonialismo.

248. Algunos miembros pusieron en duda la necesidad de utilizar un término descriptivo para responder a las preocupaciones que suscitaba el artículo 19. Así, se observó que distinguir entre grados de gravedad era hacer una distinción basada en la culpa, concepto que, se dijo, no debía haberse desechado en el caso de los delitos y tenía una función fundamental que desempeñar en el caso de los crímenes.

249. Otro enfoque preconizado fue introducir el concepto de obligaciones fundadas en el *jus cogens* en el proyecto y distinguir entre la violación de una obligación fundada en el *jus cogens* y los otros hechos ilícitos internacionales de menor importancia, enfoque que exigiría simplemente: *a*) seguir de cerca el texto de la disposición sobre *jus cogens* del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (sin utilizar ningún término descriptivo concomitante ni introducir ninguna lista ilustrativa de ejemplos, para la que podría no haber un apoyo suficiente *de lege lata*); y *b*) indicar los recursos que existirían contra la violación de una obligación basada en el *jus cogens* además de los necesarios en el caso de los demás hechos ilícitos. Algunos miembros, aunque reconocieron que se trataba de un enfoque tentador, señalaron que, si bien todos los crímenes eran violaciones de normas *jus cogens*, la afirmación contraria no era cierta: la norma *pacta sunt servanda*, se dijo, podía considerarse *jus cogens*, pero no todas las violaciones de esa norma constituían crímenes.

250. En opinión de algunos miembros, otra posibilidad era regular detalladamente las consecuencias de las violaciones de las obligaciones *erga omnes* y, de esa forma, liberar al proyecto de artículos de la sujeción del bilateralismo. Sin embargo, se expresaron dudas sobre este en-

[434] *Ibid.*

foque, basadas en que las obligaciones *erga omnes* no eran todas tan esenciales para la comunidad internacional que su violación pudiera asimilarse sistemáticamente a un crimen.

251. Por último, se señaló la posibilidad de tratar la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad de los Estados por delitos internacionales, por una parte, y de la responsabilidad penal de las personas por crímenes, por la otra. En ese contexto, se hizo referencia al proyecto de artículo 5 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura[435], que preveía que el procedimiento iniciado contra una persona por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no excluía la responsabilidad de derecho internacional de un Estado por una acción u omisión que le fuera atribuible.

v) *La definición del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos*

252. Algunos miembros encontraron este artículo insatisfactorio. Se dijo especialmente que el texto era demasiado general y no proponía una verdadera definición de crimen, que insistía en el grado de gravedad del hecho calificado de crimen sin definir el umbral de gravedad para pasar de delito a crimen, que hablaba de obligación esencial sin definirla y que no dejaba lugar para la intención deliberada ni tampoco para la noción de culpa, noción que, sin embargo, se dijo, era inseparable de la de crimen. Se expresó también preocupación por el hecho de que, en su redacción actual y teniendo en cuenta su historia, el artículo 19 suponía que un Estado debía continuar soportando las consecuencias jurídicas de un crimen internacional cometido anteriormente aunque las circunstancias políticas, sociales o humanas en que se hubiera cometido ese crimen internacional hubiesen dejado de existir.

253. Otros miembros estimaron que la redacción actual expresaba adecuadamente la intención subyacente, que era dejar en claro que la mayoría de las violaciones podían tratarse en el marco bilateral de los dos Estados directamente interesados, mientras que otras eran tan graves que afectaban a toda la comunidad internacional. En su opinión, el artículo se había redactado acertadamente en términos generales. A este respecto, se observó que el propósito del proyecto de artículos se limitaba a las normas secundarias, con el resultado de que el principio *nullum crimen sine lege* no se aplicaba en el presente contexto y la definición de los diferentes crímenes se dejaba a otros instrumentos. Se subrayó también que el concepto de crimen internacional era un concepto evolutivo, y que una formulación flexible y capaz de adaptarse a posibles ampliaciones de la categoría de los crímenes resultaba deseable; en este contexto, se hizo referencia a la fórmula que definía la competencia del Consejo de Seguridad. Aunque algunos de dichos miembros encontraron ventajas en la estructura actual del artículo 19 (cláusula general y lista no exhaustiva), otros estimaron que la lista de ejemplos debía trasladarse al comentario.

254. En cuanto al *párrafo 2*, algunos miembros dijeron que reflejaba debidamente los tres criterios principales que debía contener la definición de crimen, a saber: 1) una violación que afectara a los intereses fundamentales de la comunidad internacional y, por consiguiente, fuera más allá del marco de las relaciones bilaterales; 2) una violación grave, tanto en términos cuantitativos como cualitativos; y 3) el reconocimiento por la comunidad internacional de esa violación como crimen, reconocimiento que debía deducirse de la experiencia y de la práctica. En relación con el argumento de que la formulación era tautológica, se señaló que la misma observación podía hacerse con respecto a la definición de *jus cogens* o a la definición universalmente aceptada de costumbre (una práctica general aceptada como derecho). En ese mismo sentido, se observó que el criterio subjetivo derivado de que la violación estuviera «reconocida» como crimen no era más discutible que el criterio de reconocimiento de los principios generales por las naciones civilizadas que aparecía en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que la noción de crímenes «reconocidos» por la comunidad internacional en su conjunto se precisaba gracias a la enumeración que aparecía en el párrafo 3.

255. Otros miembros señalaron que la complicada redacción del párrafo 2, que procedía en gran parte de la terminología de la fórmula de compromiso sobre *jus cogens* adoptada en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, resultaba un tanto indirecta. En relación con el requisito de que la violación estuviera reconocida como crimen por la comunidad internacional, se observó que el derecho penal estaba impregnado de subjetividad; la reprobación que suscitaba en la conciencia pública la comisión de un acto, por muy atroz que fuera, no era nunca uniforme, ni siquiera en una sociedad nacional que compartiera los mismos valores y, en una sociedad internacional culturalmente heterogénea, el elemento de subjetividad era todavía más marcado. Así, se dijo, cabría preguntarse, aunque sólo fuera desde un punto de vista moral, por qué una «pequeña agresión» que causara una destrucción de bienes relativamente poco importante y la muerte de unas cuantas personas inocentes debía tener más consecuencias desde el punto de vista de las contramedidas armadas autorizadas, si había que suponer que esas contramedidas no se permitirían en el caso de un genocidio en gran escala.

256. Por lo que se refiere al *párrafo 3*, algunos miembros opinaron que la lista que contenía seguía siendo satisfactoria, siempre que se revisara el apartado *d*, que se calificó de discutible, y se hicieran algunos cambios de redacción en el apartado *b*, a fin de armonizar su texto con la realidad de las modernas relaciones internacionales, especialmente después de acabado el colonialismo. Con respecto al primer punto, se observó que la hipótesis prevista en el apartado *d* era poco realista ya que era difícil creer que una contaminación de la atmósfera o de los mares pudiera extenderse a toda la humanidad sin que se adoptara alguna medida, aunque sólo fuera a nivel regional; además, se añadió, calificar la contaminación de la atmósfera o de los mares de crimen era un tanto prematuro ya que sólo ahora empezaban a considerarse las actividades de contaminación transfronteriza como hechos internacionalmente ilícitos. Aunque algunos de

[435] Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 102.

los miembros invitaron a la Comisión a resistir los intentos de ampliar la lista de crímenes, se manifestó una opinión en el sentido de que debían incluirse los crímenes relacionados con el tráfico de estupefacientes.

257. Otros miembros consideraron el párrafo 3 deficiente desde varios puntos de vista. En particular, estimaron que constituía un abuso de la distinción entre normas primarias y secundarias; que reflejaba una técnica jurídica discutible ya que daba ejemplos que, en realidad, pertenecían al comentario; y que era probable que resultase rápidamente anticuado, dado que la lista que contenía estaba sometida a las opiniones cambiantes de los tiempos. En este contexto, se hizo referencia al apartado *b*. Otra observación fue que el texto no decía realmente lo que parecía decir: parecía decir que las cuestiones enumeradas y los ejemplos dados constituían realmente crímenes de los Estados; sin embargo, como el apartado iba precedido por la frase «Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor», había que aplicar aún el criterio previsto en el párrafo 2 y había que determinar cuáles eran las normas de derecho internacional en vigor. Se señaló también la dificultad que implicaba elaborar una lista no exhaustiva que, sin embargo, establecía cierto número de categorías.

258. Algunos miembros observaron que el término «crimen» podía ser fuente de dificultades innecesarias, por sus connotaciones de derecho penal, que hacían temer la forma en que se aplicaría el concepto. Se sugirió que se sustituyera por frases como «violación de suma gravedad», «hecho internacionalmente ilícito de especial gravedad», «delito internacional muy grave» o «hecho internacionalmente ilícito de suma gravedad».

259. Aunque no insistieron en que el término «crimen» se mantuviera a toda costa, algunos miembros expresaron sus dudas sobre los cambios terminológicos sugeridos. Se señaló que el término «crimen» tenía la ventaja psicológica de subrayar la gravedad excepcional de la violación de que se tratara y podía tener un efecto disuasivo en la conducta de los Estados. Se observó también que esa palabra tenía una tradición ya que se había utilizado, por ejemplo, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y se había preferido al término «delito» en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Aunque se reconoció que la cuestión tratada en el proyecto de código era la responsabilidad penal de las personas y no de los Estados, se subrayó que la conducta que se calificaría de criminal en virtud de ese código correspondía muy de cerca, *ratione materiae*, a las violaciones de obligaciones contenidas en el proyecto actual que se habían calificado de crímenes internacionales. Por ello se expresaron dudas sobre la conveniencia de sustituir la expresión «crímenes internacionales» por la más sinuosa y oscura de «hechos ilícitos excepcionalmente graves» o variantes de ella.

260. Varios miembros señalaron que un cambio terminológico no salvaría la distancia existente entre aquellos para los que los hechos internacionalmente ilícitos formaban parte de un todo sin solución de continuidad y aquellos para los que la distinción entre crímenes y delitos tenía por objeto indicar una diferencia de especie.

b) *Cuestiones suscitadas y preguntas formuladas por el Relator Especial en sus informes quinto y sexto que consideró pertinentes para la elaboración de un régimen de responsabilidad criminal de los Estados*

i) *¿Quién determinará que se ha cometido un crimen?*

261. Algunos miembros estimaron que la cuestión de saber a quién correspondería determinar que se había cometido un crimen era de importancia esencial para establecer un régimen de responsabilidad criminal internacional. Se dijo que la Comisión se encontraba con una dificultad prácticamente insuperable ya que sería esencial para ese régimen contar con un órgano con competencia para determinar si, teniendo en cuenta los hechos, un Estado había cometido realmente un crimen.

262. Otros miembros señalaron que el problema, aunque grave, se planteaba también en el caso de los delitos ordinarios, lo que no había impedido a la Comisión elaborar un régimen de responsabilidad para esos delitos. Se observó también que la cuestión de quién determinaría que se había cometido un crimen no resultaba pertinente en el contexto de la parte segunda del proyecto y correspondía únicamente a la parte tercera.

263. Algunos miembros observaron que, al tratar esa cuestión, no se podía desconocer el estado actualmente imperfecto de la sociedad internacional. Aunque se reconoció que, al lado de la «sociedad de relaciones», basada en la coordinación entre entidades jurídicamente iguales, comenzaba a aparecer una forma más progresista de organización de la comunidad internacional y se subrayó la función positiva desempeñada por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia, se consideró que la organización actual de la comunidad internacional no ofrecía otra posibilidad que dejar que cada Estado determinara si se había cometido un crimen. Aunque esos miembros consideraron que esa situación distaba mucho de ser ideal, algunos de ellos señalaron la existencia de dispositivos de seguridad. Se señaló en particular que cualquier Estado que decidiera que se había cometido un crimen internacional lo haría a su propio riesgo y que esa decisión sería siempre discutida por la parte acusada.

264. Otros miembros encontraron difícil, salvo en el caso de legítima defensa[436], aceptar que la determinación de si se había cometido un crimen se dejara a cada Estado, incluido el Estado víctima, habida cuenta del principio *nemo judex*. Juzgaron indispensable que esa prerrogativa se reservase a un órgano judicial internacional, imparcial e independiente. Se sugirió que ese principio fundamental se incluyera de una forma o de otra en el proyecto de artículos. Se propuso también concebir un sistema que permitiera hacer que la existencia de un crimen fuera determinada por una entidad que representara a la comunidad internacional, entidad que podría ser, por ejemplo, el grupo de Estados Partes en la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados.

[436] En este contexto se puso de relieve la necesidad de circunscribir el concepto de legítima defensa mediante normas de fondo, de forma y de procedimiento, que deberían precisarse teniendo en cuenta las resoluciones de las Naciones Unidas, la Carta de la ONU y el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales.

265. Este enfoque se consideró también poco realista por algunos miembros, que advirtieron a la Comisión contra la tentación de emprender la tarea eminentemente política que consistiría en definir un nuevo estrato de organismos encargados, en el plano mundial, de las cuestiones de la responsabilidad de los Estados. Se manifestaron dudas sobre la posibilidad de establecer en un futuro previsible un órgano judicial con una jurisdicción ampliamente aceptada a la que pudieran someterse uniformemente los casos y que decidiera basándose en un cuerpo de jurisprudencia coherente.

266. En los párrafos 296 a 314 *infra* se examina la función de los órganos de las Naciones Unidas en esta esfera.

ii) *Las posibles consecuencias de la determinación de la existencia de un crimen*

267. Algunos miembros pusieron en tela de juicio la redacción de la pregunta formulada por el Relator Especial y señalaron que, en el marco de la segunda parte del proyecto de artículos, la cuestión no era determinar las posibles consecuencias de la determinación de la existencia de un crimen sino las de la comisión de ese crimen.

a. *Consecuencias sustantivas*

268. Según opinaron un número considerable de miembros de la Comisión, la distinción entre delitos y crímenes tenía repercusiones cualitativas en las consecuencias sustantivas de las dos categorías de actos internacionalmente ilícitos en tanto en cuanto los de la segunda suponían una violación de una norma esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional. También se mantuvo, sin embargo, la opinión contraria (véase el párrafo 270 *infra*).

269. En relación con los recursos de que dispone el Estado víctima de un crimen, no se precisó diferencia alguna entre delitos y crímenes, al menos en lo que a la cesación de la violación se refiere.

270. En cuanto a la reparación *lato sensu*, las posiciones diferían. Por una parte, se mantuvo que la distinción entre crímenes y delitos era irrelevante y que los ejemplos dados por el Relator Especial para mantenerla no resultaban convincentes por cuanto se referían a la cesación de la violación, a las garantías de no repetición o al ejercicio por el Consejo de Seguridad de su responsabilidad de mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales o, en el caso de las desmembraciones territoriales, a una violación de las normas del derecho internacional contemporáneo sobre la integridad territorial, la libre determinación y los derechos humanos; se dijo también que la distinción entre crímenes y delitos no tenía relevancia alguna en lo concerniente a la prohibición de las demandas que se hicieran en menoscabo de la dignidad del Estado afectado, porque no podía haber atentado más grave a la dignidad del Estado que la de la condena y el castigo de sus dirigentes, ya previstos en el artículo 10[437]. Sin embargo, según un número considerable de miembros, las consecuencias sustantivas de los crímenes en lo concerniente a la reparación y satisfacción eran cualitativamente distintas de las de los delitos.

271. Refiriéndose a la restitución en especie, varios miembros opinaron que los crímenes debían quedar al margen de la aplicación de las restricciones previstas en los apartados *c* y *d* del artículo 7[438], porque perjudicaban a la comunidad internacional en su conjunto e infringían una norma imperativa de derecho internacional. Otros miembros, en cambio, pusieron de relieve que, si no se quería causar sufrimientos excesivos a la población del Estado «criminal», no podía hacerse caso omiso de la limitación impuesta a la adopción de medidas excesivamente onerosas. Se hizo notar también que la opción entre restitución en especie e indemnización no debía dejarse al Estado víctima de un crimen a menos que la restitución en especie sea materialmente imposible o suponga una violación del *jus cogens*.

272. En lo concerniente a la satisfacción, los comentarios versaron sobre: *a*) el juicio de los individuos responsables, *b*) las exigencias que irían en menoscabo de la dignidad del Estado interesado y *c*) el pago punitivo de daños y perjuicios. En relación con el primer aspecto, se opinó que, en el caso de los crímenes, el proceso debía poder iniciarse, contrariamente a lo que se preveía en cuanto a los delitos en el párrafo 2 del artículo 10[439], sin el consentimiento del Estado autor. En cuanto a la prohibición de las exigencias que fueran en menoscabo de la dignidad del Estado interesado, se advirtió que no debía aplicarse en el caso de los crímenes, por cuanto un Estado, al cometer un crimen, ya se humilla a sí mismo a sabiendas y no es por tanto merecedor de tantas consideraciones. La condena al pago de daños y perjuicios fue calificada por algunos de los miembros que se refirieron a ella de elemento necesario de cualquier régimen de reparación de los crímenes. Sin embargo, se puso en guardia contra los importantes problemas que planteaba ese tipo de reparación, especialmente cuando la víctima principal del crimen cometido por un Estado fuera la población.

273. En cuanto a los demandantes, se hizo referencia a la eventualidad de una pluralidad de Estados lesionados. Esa situación, se declaró, exigía cierta coordinación en la presentación de las demandas y podía requerir procedimientos especiales para la presentación y consideración de las mismas.

274. Algunos miembros opinaron asimismo que, en el caso de los crímenes, la reparación era debida no sólo al Estado materialmente lesionado sino también, en un sentido más amplio, a la comunidad internacional. A este respecto se advirtió que, dado que no existía todavía una comunidad internacional organizada, el derecho a la reparación debía necesariamente corresponder a los Estados, no *uti singuli*, sino en el marco de una fórmula cualquiera de coordinación entre los Estados partes en el futuro instrumento sobre la responsabilidad de los Estados. En cuanto a la sugerencia de que fueran la Asamblea General o el Consejo de Seguridad los que ejercieran los recursos en nombre de los Estados, se opinó que

[437] Véase nota 422 *supra*.

[438] *Ibid.*

[439] *Ibid.*

no estaba en armonía con el régimen de la Carta de las Naciones Unidas. Y, aunque se aludió a la posibilidad de que la Asamblea General o el Consejo de Seguridad recabaran una opinión consultiva, se hizo notar que en ese caso ya no se trataría de un recurso judicial.

b. *Consecuencias instrumentales (contramedidas)*

1. *Las condiciones de recurso legal a contramedidas en el caso de los crímenes*

275. Algunos miembros compartieron la opinión del Relator Especial de que la facultad de recurrir a contramedidas debía estar sujeta a condiciones menos estrictas en el caso de los crímenes que en el de los delitos. Se consideró, en particular, excesivo exigir que el Estado que se estimara víctima de un crimen presentara, junto con su reacción, una oferta de solución pacífica. Otros representantes expusieron opiniones diferentes. Se hizo notar, por ejemplo, que en un caso reciente, varios Estados habían adoptado, por su propia iniciativa, medidas económicas antes de tratar de resolver la cuestión mediante algún mecanismo de solución de controversias y que, sin esas condenas apresuradas y contramedidas económicas, quizás habría podido encontrarse una solución pacífica, pero de principio, al conflicto.

276. Los miembros que se ocuparon de la cuestión opinaron por lo general que el principio de proporcionalidad era aplicable a cualquier medida que se adoptara frente a los crímenes. Según algunos, esto significaba que, tanto en lo concerniente a las contramedidas como en otras esferas, la distinción entre crímenes y delitos carecía de importancia. Se hizo notar además que la no aplicación del principio de proporcionalidad en el caso de los crímenes podía significar que el Estado responsable de un crimen no fuera tratado con toda la severidad debida. Se expresó también la opinión de que, además de imponer la obligación de proporcionalidad al Estado lesionado, debían imponerse también al Estado que cometiera el crimen las obligaciones correspondientes de no adoptar contracontramedidas más rigurosas, que agravarían el conflicto.

277. En lo concerniente a las contramedidas prohibidas, los miembros que se refirieron a la cuestión convinieron en la necesidad de atenerse estrictamente a la prohibición del uso de la fuerza, manifestándose además la preocupación de que pudieran añadirse para el uso de ésta más pretextos que los que ya se habían invocado en el pasado. A este respecto se hizo hincapié en la prioridad que había que dar a la Carta de las Naciones Unidas en esta esfera. También se hizo notar que era precisamente la Carta de las Naciones Unidas, y no la categoría del crimen, lo que en última instancia justificaba o invalidaba el uso de la fuerza como reacción a éste y que, si bien la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas era controvertible, especialmente en lo concerniente a la intervención con fines humanitarios, la categoría de crimen de que se tratara no se había utilizado como elemento decisivo en ningún caso en que se hubiera llegado a la conclusión de que esa intervención era permisible.

278. En un plano más general se manifestó la opinión de que debía excluirse toda reacción individual que supusiera una violación de una norma de *jus cogens*. Se hizo a este respecto la observación de que consagrar la noción de crimen no equivalía a consagrar un derecho de reacción absoluto e ilimitado ni tampoco la ley del talión, y que el mundo había sido recientemente testigo de una intervención armada a raíz de un genocidio, intervención que no había sido reconocida como legítima por la comunidad internacional porque, para poner fin a ese crimen, el Estado que había intervenido había violado a su vez una regla imperativa del derecho internacional.

279. A este respecto se opinó que la distinción que era preciso establecer no era entre contramedidas permisibles en caso de crimen (u otra violación del *jus cogens*), por una parte, y casos en los que no había crimen (u otra violación del *jus cogens*), por otra, sino entre contramedidas permisibles en virtud de un tratado multilateral, o incluso bilateral, aplicable (la Carta de las Naciones Unidas o un instrumento de otra índole) y casos en los que no hubiera tratados aplicables que prescribieran las contramedidas que podían adoptarse en caso de incumplimiento de una obligación o contuvieran disposiciones sobre la solución pacífica de las controversias. Se hizo asimismo hincapié en la necesidad de prever, cuando no haya un tratado aplicable, cierta reglamentación de las contramedidas que pueden adoptarse en caso de presunta violación por un Estado de una obligación multilateral.

280. En cuanto a las contramedidas no consistentes en el uso de la fuerza, se estimó correcta, a pesar de la relativa imprecisión de sus conclusiones, la opinión del Relator de que podían llegar a ser más rigurosas en relación con las aplicables a la responsabilidad por delitos.

281. Se discutió también ampliamente la cuestión de si la facultad de reacción a un crimen se extendía a Estados que no fueran el Estado víctima. A este respecto se opinó que la cuestión no tenía gran importancia, como no la tenía tampoco, en esta esfera como en otras, la distinción entre crímenes y delitos ya que el problema de la pluralidad de Estados lesionados podía plantearse en relación con cualquier acto internacionalmente ilícito, independientemente de su gravedad. La opinión prevaleciente fue, sin embargo, la de que esa cuestión era perfectamente válida teniendo en cuenta que el crimen es, por definición, una violación de una obligación *erga omnes* que lesiona los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.

282. Algunos miembros advirtieron que la situación de los «Estados indirectamente lesionados» no debía ser equiparada a la ligera con la de las víctimas directas. A este respecto se manifestó que la comisión de un crimen no confería a Estados que no fueran el Estado víctima la condición de Estado lesionado a efectos de recurrir a contramedidas, y que los Estados que no fueran el Estado víctima no podían intervenir en respuesta a un crimen sólo en caso de ausencia de reacción colectiva; de lo que se trataba era de evitar que el concepto de crimen sirviera para legitimar la consagración de las relaciones de fuerza existentes. La facultad de reacción, se dijo, debía pertenecer en primer lugar a la comunidad internacional[440]. A ese respecto, la tendencia reciente a sacar el concepto de comunidad internacional del reino de la abstracción o del mito para elevarlo al de la experiencia y la

[440] O más modestamente, como dijo un miembro, a la comunidad de los Estados Partes en la futura convención.

historia vivas era causa de satisfacción, como lo era también el papel cada vez más importante que desempeñaban las organizaciones no gubernamentales al superar el obstáculo que a veces representaba el concepto de la soberanía nacional para la solución de cuestiones de simple humanidad.

283. Otros miembros pusieron de relieve que la comunidad internacional no estaba bien equipada para tratar los crímenes internacionales de los Estados y que no existía en la actualidad ningún órgano internacional que estuviera expresamente facultado para reaccionar ante todo tipo de crímenes internacionales, lo que hacía que la reacción a un crimen siguiera siendo de la incumbencia individual de cada Estado. Aunque conviniendo en que el estado actual de la cuestión estaba lejos de ser satisfactorio, algunos miembros hicieron notar que la prohibición del uso de la fuerza, el principio de la solución pacífica de las controversias y el principio de proporcionalidad ofrecían garantías contra los abusos.

284. También tienen importancia en el presente contexto las opiniones manifestadas en lo concerniente a la posibilidad de crear nuevas instituciones a las que se encargue, como se expuso en los párrafos 264 y 265 *supra*, de determinar si se ha cometido un crimen.

285. Teniendo en cuenta la falta de un mecanismo institucional y procesal habilitado para reaccionar ante un crimen en nombre de la colectividad internacional, ciertos miembros estimaron que, a falta de una acción verdaderamente colectiva, quizás pudiera autorizarse en buena y debida forma a terceros Estados no directamente interesados para adoptar medidas en defensa de los intereses de la comunidad internacional; además del derecho que ya tienen de hacer manifestaciones en ese sentido, esos Estados tendrían la facultad de adoptar contramedidas, y la prohibición del empleo de la fuerza sería una garantía contra el riesgo de que la sanción resultara desproporcionada en relación con el crimen.

286. Esta idea se precisó todavía más en relación con la agresión y el genocidio.

287. En lo concerniente a la agresión, se opinó que, entre los Estados no directamente interesados, había que distinguir aquellos que estaban directamente relacionados con el Estado víctima por un tratado de alianza militar que asimilara todo ataque contra una parte a un ataque contra la otra. Ese tipo de tratado planteaba el problema de la legítima defensa colectiva, de las condiciones de forma y de fondo, y de las condiciones instrumentales en las que esa defensa podía ser invocada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y suscitaba el riesgo de que tal defensa fuera abusivamente invocada para eludir un control de la comunidad internacional o para infringir normas de *jus cogens*. En cuanto a los demás Estados que no tuvieron ningún vínculo jurídico con el Estado víctima, por supuesto no tenían derecho, según se dijo, a invocar la legítima defensa ni a recurrir a la fuerza armada para ayudar a la víctima; el recurso a la fuerza armada debía en ese caso efectuarse bajo la autoridad y el control de las autoridades internacionales competentes y en particular del Consejo de Seguridad. Con referencia también a la relación entre defensa propia y medidas coactivas ordenadas en el plano internacional, se hizo notar que era posible que la acción de un Estado coincidiera con la adopción de medidas internacionales con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y que esa coincidencia pudiera interpretarse en el sentido de que las acciones de la ONU afectaban necesariamente a las obligaciones de los Estados en materia de crímenes internacionales cometidos por Estados. No obstante, se advirtió que esa coincidencia podía ser más fortuita que el resultado de una convicción de que la Organización de las Naciones Unidas representaba a la comunidad organizada de naciones.

288. En relación con el genocidio, se opinó que todos los Estados podían reaccionar ante un crimen de esa naturaleza aunque no estuvieran directamente afectados por él y en este sentido se puso de relieve la distinción establecida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*[441] entre las obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones que se creaban en relación con otro Estado en el marco de la protección diplomática. Se advirtió también que el principio de *actio popularis* dimanante del reconocimiento de que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos controvertidos podía revestir una importancia considerable. Se evocó a este respecto el asunto relativo a la aplicación de la Convención de 1948 sobre el Genocidio, sometido a la Corte Internacional de Justicia por Bosnia-Herzegovina el 20 de marzo de 1993[442]. Se señaló asimismo en este contexto la distinción que debía establecerse entre el caso en que un Estado perpetraba actos de ese tipo contra su propia población y aquel en que el genocidio no se limitaba a la población nacional sino que se extendía a la población de otros Estados. A la cuestión de saber si, en el primer caso, los otros Estados debían recurrir a contramedidas que no supusieran el empleo de la fuerza armada o confiar ese cometido a los mecanismos colectivos, se respondió que el recurso a ciertas contramedidas (por ejemplo el embargo sobre el aprovisionamiento de armas) era posible, si bien bajo el control de mecanismos colectivos, y que la cuestión de la intervención humanitaria con empleo de fuerza armada debía ser cuidadosamente examinada. En cuanto al segundo caso (genocidio perpetrado contra la población nacional y contra la población de otros Estados), se planteó la cuestión de si los Estados lesionados podían prever la intervención, es decir el recurso a la fuerza armada, por razones humanitarias. La Comisión fue invitada a reflexionar sobre estas cuestiones con la advertencia de que, en caso contrario, se dejaría a los Estados en libertad absoluta para invocar la noción, todavía muy vaga, de intervención por motivos humanitarios.

iii) *Las consecuencias punitivas del concepto de crimen*

289. Algunos miembros subrayaron que, aunque las nociones de falta y castigo estaban fuera de lugar en el régimen de responsabilidad por violaciones ordinarias del derecho internacional, la situación era distinta en el caso de los crímenes. Se aludió a este respecto a las medidas adoptadas contra las Potencias del Eje después de la segunda guerra mundial así como a las «sanciones po-

[441] Véase nota 431 *supra*.

[442] *Mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, pág. 3.

líticas» (transferencia de territorios, ocupación militar, embargo o confiscación de bienes, control de armamentos, desplazamiento de poblaciones, desmantelamiento de industrias, desmilitarización, etc.) enumeradas, aunque no comentadas, por el Relator Especial en su quinto informe.

290. Otros miembros advirtieron que el castigo no era *de lege lata* y que el régimen impuesto por los vencedores a los vencidos en 1945 había quedado vedado por la Carta de las Naciones Unidas para el porvenir, como lo demostraba la inclusión de la reserva contenida en el Artículo 107. Esos miembros se oponían vigorosamente a la idea de que una coalición de Potencias victoriosas pudiera unilateral y arbitrariamente, basándose en su sola voluntad política, anexionarse partes del territorio de un Estado agresor y expulsar de ellas a la población, violando principios fundamentales del derecho humanitario y de los derechos humanos así como instrumentos que prohíben la adquisición de territorios por la fuerza, aunque sea en ejercicio del derecho de legítima defensa. Se sugirió en este contexto la inclusión en el proyecto de una prohibición expresa de las consecuencias punitivas, incluso en el caso de los crímenes que amenazaran la integridad territorial de los Estados. En apoyo de esta posición se hizo notar que si los únicos objetivos perseguidos eran el castigo y la revancha, se perpetuaría necesariamente la tensión y que si la víctima tenía, por supuesto, derecho a obtener reparación y satisfacción, no debía sacrificarse por ello el objetivo de la reconciliación. Se insistió también en la necesidad de evitar el «ostracismo» del Estado acusado, el cual debía seguir, juntamente con su población, formando parte de la sociedad internacional.

291. Se admitió en general que era especialmente difícil la cuestión de la culpabilidad y responsabilidad de la población y se puso en guardia contra respuestas demasiado simplistas que hicieran caso omiso de la multiplicidad de las relaciones existentes dentro de cada Estado o entre los Estados en general. Se hizo referencia a este respecto al genocidio cuya víctima principal era la población del Estado que lo perpetraba.

292. Aunque algunos miembros convinieron con el Relator Especial en que era posible que la población de un Estado criminal no fuera totalmente inocente, la mayoría aconsejó la mayor prudencia en este terreno. A este respecto se hizo notar que era grande la tentación de hacer sufrir las consecuencias de su comportamiento a un pueblo que hubiera aplaudido la comisión de un crimen, pero también se dijo que no había que perder de vista que la opinión pública se deja fácilmente cegar no sólo en los países sometidos a un régimen despótico sino incluso en los países democráticos. Varios miembros subrayaron además que las medidas punitivas tenían muchas probabilidades de afectar a inocentes, mujeres y niños, miembros incluso de la sociedad considerada que, ya individual o colectivamente, se hubieran opuesto al crimen, y que las sanciones contra un Estado no eran legítimas si no se adoptaban respetando al mismo tiempo los derechos del pueblo interesado con arreglo a un procedimiento riguroso y si no se establecían ciertos límites al reconocimiento, sin duda inevitable, de cierto grado de culpabilidad colectiva.

293. Varios miembros insistieron en la necesidad de encontrar un equilibrio. Se aludió a este respecto al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que contenía quizás un principio de respuesta al exigir que se tomaran en consideración las repercusiones económicas y de otro tipo que las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad pudieran tener sobre los otros Estados y sus poblaciones y que se previeran medios para garantizar que las consecuencias no afectaran desproporcionadamente a las poblaciones.

294. Se aludió también a la posibilidad de recurrir a medidas que, aun constituyendo un castigo, no afectaran a la población del Estado de que se tratase, por ejemplo el desmantelamiento de fábricas de armamento y la prohibición de fabricar ciertas armas, o a medidas destinadas a proteger a la población, como por ejemplo la sumisión del Estado de que se trate a un control internacional, ya por decisión de los Estados vencedores en ejercicio de su derecho de legítima defensa, ya por una jurisdicción internacional.

295. Varios miembros opinaron que la solución del problema residía en el procesamiento y castigo de los dirigentes y funcionarios responsables. A este respecto se advirtió, sin embargo, que la sugerencia de que el procesamiento de personas individuales pudiera constituir una forma de contramedida agravada era totalmente inadmisible desde el punto de vista del debido respeto de las garantías procesales, ya que la culpabilidad o inocencia de un individuo era distinta de la del Estado y tenía que juzgarse con independencia de ésta.

iv) *El papel de las Naciones Unidas en la determinación de la existencia y de las consecuencias de un crimen*

296. Algunos miembros señalaron que las Naciones Unidas eran la expresión más convincente de la «comunidad internacional organizada» y el instrumento normal de reacción frente a los crímenes. Otros indicaron que el régimen de la Carta de las Naciones Unidas sólo aportaba una respuesta fragmentaria al problema en estudio y que, no obstante sus principios y propósitos, las Naciones Unidas no eran un Estado supranacional dotado, en un plano superior, de poderes comparables a los de un Estado en el plano nacional; tampoco podían ejercer toda la panoplia de poderes de un Estado-nación ni imponer sanciones por infracciones a la ley.

297. Si bien se opinó que la Comisión podría muy bien pensar en recomendar una revisión de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia así como algunas otras innovaciones institucionales que resultaran necesarias para aplicar ciertas normas básicas a los crímenes internacionales de los Estados, la opinión predominante fue que la Comisión debía abstenerse de hacerlo, teniendo presente que su tarea consistía en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional y que no tenía facultades para conferir una nueva competencia a la Organización de las Naciones Unidas y sus órganos.

298. Por lo que respecta a la función del Consejo de Seguridad, los miembros que abordaron la cuestión distinguieron en general entre la categoría de hechos inter-

nacionalmente ilícitos a que se hace referencia en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 19 (incluida la agresión) y las categorías enumeradas en los apartados *b*, *c* y *d* del párrafo 3 del mismo artículo.

299. Por lo que respecta a la agresión, los comentarios se centraron en la función del Consejo de Seguridad en *a*) la determinación de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito y *b*) la determinación de las consecuencias correspondientes.

300. Sobre el primer punto se expresó la opinión de que nada se oponía a que el Consejo de Seguridad comprobara la existencia de un crimen en virtud de las facultades que le confería la Carta de las Naciones Unidas, desde el momento en que el hecho incriminado diera lugar a las situaciones mencionadas en el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas. Según otro miembro, no cabía ninguna duda de que el Consejo de Seguridad tenía la facultad de determinar que se había cometido un acto de agresión; de ello se seguía que si la agresión se tipificaba como un crimen el Consejo de Seguridad estaba facultado para determinar que se había cometido un crimen.

301. Sin embargo, a este respecto se hizo una advertencia. Varios miembros subrayaron que el Consejo de Seguridad no tenía ni las atribuciones constitucionales ni los medios técnicos para determinar la comisión de un crimen. Se afirmó que el Consejo de Seguridad era un órgano político dotado de facultades políticas que no podía, sin actuar *ultra vires*, decidir sobre la responsabilidad judicial de un Estado. También se señaló a la atención en este contexto la falta en el régimen de la Carta de las Naciones Unidas de un mecanismo de control para determinar si el Consejo de Seguridad se excedía y abusaba de su autoridad y cuándo lo hacía.

302. Con referencia a esas preocupaciones algunos miembros señalaron a la atención el sistema de frenos y contrapesos destinado a minimizar el riesgo de que el Consejo de Seguridad pudiera adoptar una decisión manifiestamente ilegal. Además, se sugirió que toda determinación de la agresión por el Consejo de Seguridad fuera impugnable, en virtud de una norma que se insertase en el artículo 19 según la cual el Estado calificado de agresor pudiera dirigirse a un órgano judicial, en su caso la Corte Internacional de Justicia. Otra sugerencia fue que la determinación del Consejo de Seguridad tomara la forma de una presunción y no de una conclusión definitiva.

303. Por lo que respecta al segundo aspecto mencionado en el párrafo 299 *supra* se expresó la opinión de que el Consejo de Seguridad estaba facultado para decidir sobre las sanciones que se habían de imponer a los responsables en el marco de las facultades que le confería el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto se dijo que el Consejo de Seguridad estaría llamado a desempeñar una función central en el caso de medidas que pudieran afectar a la independencia, a la soberanía o a la integridad territorial del Estado autor, y más en particular de acciones armadas, y que su intervención condicionaba la posible suspensión de las prohibiciones previstas en el artículo 14[443]. También se expresó la opinión de que aunque el Consejo de Seguridad jamás había adoptado medidas punitivas, porque no había decidido nunca que se había cometido un crimen, ni siquiera había hecho constar la comisión de un acto de agresión, la Carta de las Naciones Unidas le confería no obstante la facultad de llegar a la conclusión, una vez comprobada la existencia de un crimen de agresión, de que las sanciones colectivas debían llevar consigo medidas punitivas adecuadas a un crimen.

304. Otros miembros subrayaron que el Consejo de Seguridad no había de funcionar como un mecanismo de sanciones. Señalaron que el Consejo tenía una función de policía orientada hacia el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que raramente había adoptado sanciones obligatorias y que el caso del Iraq, en el que el Consejo había impuesto obligaciones a los Estados Miembros que podían afectar a su comportamiento, era un caso especial del que no se podía extraer la conclusión general de que la Organización de las Naciones Unidas podía prescribir consecuencias de los crímenes internacionales enumerados en el artículo 19. A este respecto se expresó la preocupación de que aunque las medidas punitivas se presentaban como algo perteneciente al pasado que no tenía cabida en la codificación moderna del derecho internacional, el mundo debía constatar en la práctica del Consejo de Seguridad una tendencia no a abandonar las medidas punitivas sino a disfrazarlas de *restitutio* o garantías de no repetición. Se invitó a la Comisión a preguntarse si, en un momento en que se tomaban medidas severas sobre la base de la «reacción orgánica» de la comunidad mundial contra un Estado autor de un crimen, y en que se afirmaba que una reacción de ese tipo quedaba fuera del régimen de responsabilidad, debía aceptar el ejercicio discrecional del poder que disimulaba una severa intención punitiva en el régimen del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

305. Por lo que respecta a las categorías de hechos internacionalmente ilícitos a que se hace referencia en los apartados *b*, *c* y *d* del párrafo 3 del artículo 19, se señaló que cabía presumir que el Consejo de Seguridad tenía competencia para determinar que se habían cometido cuando entrañaban un quebrantamiento de la paz con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas. Algunos miembros se mostraron partidarios de una interpretación amplia de las facultades del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII o encararon la posibilidad de que la competencia de aquél abarcara todas las violaciones previstas en un artículo 19 revisado, en su caso.

306. Sin embargo, se expresó la preocupación de que todo intento de encajar los crímenes distintos de la agresión en el concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales diera lugar a amalgamas peligrosas con su cortejo de desviaciones, conclusiones discutibles y cuestionamiento de las facultades del Consejo de Seguridad. En este contexto se hizo la observación de que la actual tendencia hacia una considerable ampliación del concepto de amenaza a la paz tenía sus límites y que probablemente una extensión exagerada de ese concepto no era muy oportuna.

307. También se expresó la preocupación de que el Consejo de Seguridad estaba muy marcado por su proce-

[443] Véase el texto en la nota 454 *infra*.

dimiento (y en particular por el derecho de veto, que confería una inmunidad permanente por lo menos a cinco países y a algunos otros) y, por consiguiente, no podía ni crear un tribunal ni sancionar la responsabilidad por crímenes. A este respecto se hizo referencia a los actuales acontecimientos en relación con los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y se señaló que una representación más equilibrada de los diversos grupos regionales, acompañada de una distribución más equitativa de los puestos permanentes, aumentaría la credibilidad del Consejo de Seguridad para determinar ciertos crímenes internacionales y autorizar operaciones punitivas o de legítima defensa colectivas en nombre de la comunidad internacional.

308. Varios miembros hicieron referencia a la cuestión, planteada por el Relator Especial en su quinto informe, de si las resoluciones 687 (1991), 748 (1992) y 808 (1993) reflejaban una expansión de la competencia del Consejo de Seguridad..

309. La mayoría de los miembros que hicieron observaciones sobre esta cuestión dieron una respuesta negativa. Se afirmó en particular que cada una de las resoluciones mencionadas trataba del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, es decir la esfera de responsabilidad del Consejo de Seguridad. En este contexto, sin embargo, un miembro opinó que el Consejo había ido en ocasiones más allá de las facultades que la Carta de las Naciones Unidas le confería. Se señaló por varios miembros el hecho de que si había habido o no una evolución en la competencia del Consejo de Seguridad era una cuestión de interpretación de la Carta de las Naciones Unidas que quedaba fuera del mandato de la Comisión.

310. Algunos miembros insistieron en la distinción que había que hacer entre las facultades del Consejo de Seguridad y las normas relativas a la responsabilidad de los Estados. Si bien se señaló que el Consejo de Seguridad no tenía facultades para promulgar nuevas normas más allá de lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas y estaba obligado a aplicar el derecho dentro de los límites de su competencia, se subrayó también que los poderes del Consejo no dependían para nada de las normas en estudio. Se manifestó apoyo a la inclusión en el proyecto de artículos de una cláusula similar a la del artículo 4 de la segunda parte[444] cuyo objeto fuera reservar la competencia de la Organización de las Naciones Unidas o de ciertos organismos regionales en caso de amenaza a la paz o de agresión e impedir toda ampliación de las excepciones a la prohibición del recurso a la fuerza. Sin embargo, se pusieron objeciones a cualquier fórmula que subordinara la aplicabilidad de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados a las decisiones del Consejo de Seguridad o los privara de sentido en ciertas situaciones en función de la voluntad de un órgano político.

311. Varios miembros formularon la opinión de que la Asamblea General tenía una función que desempeñar en relación con los crímenes, dado que reflejaba la conciencia de la comunidad internacional. Se indicó que sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas, la Asamblea podía ocuparse de una amplia variedad de asuntos y hacía buen uso de esas facultades y que, aunque con respecto a la reacción ante un hecho ilícito como en todos los demás sentidos, carecía de facultad de decisión, sí estaba en condiciones, mediante recomendaciones, de permitir y autorizar conductas que podían tener una considerable repercusión en cuestiones relativas al tema en estudio. A este respecto se hizo referencia a las múltiples resoluciones en que la Asamblea General había declarado que los pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera —un crimen con arreglo al párrafo 3 del artículo 19— podían utilizar todos los medios para combatir esa dominación.

312. Sin embargo, se insistió en los límites de la función de la Asamblea en la esfera en examen, teniendo presente que la determinación de las consecuencias de un crimen era más bien un acto de carácter judicial. Varios miembros previnieron además contra la posibilidad de iniciar en el seno de la Comisión un debate sobre las facultades de los órganos de las Naciones Unidas o sobre el ámbito de aplicación del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Se recordó que era el Consejo de Seguridad el que podía ordenar el recurso a la fuerza armada en virtud del Artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas y que el derecho de legítima defensa estaba sujeto a condiciones estrictas en virtud del Artículo 51. Se expresaron graves dudas acerca de la posibilidad, en el actual clima político, de adaptar legalmente las facultades de los órganos de las Naciones Unidas a las tareas derivadas del artículo 19 de la primera parte, tanto más cuanto que esa adaptación implicaría el examen de normas primarias y rebasaba el mandato de la Comisión. Aun reconociendo que la Comisión no tenía por qué colmar las lagunas de la Carta de las Naciones Unidas ni revisarla, algunos miembros sugirieron que se introdujeran medios de aprovechar al máximo las facultades y funciones de los órganos de las Naciones Unidas en lugar de remitirse al Capítulo VII solamente y al Consejo de Seguridad, cuya intervención sistemática era en realidad, según señaló un miembro, una solución cómoda.

313. Por lo que respecta a la Corte Internacional de Justicia, varios miembros subrayaron que la determinación última en relación con la comisión de un crimen sólo podía confiarse a un órgano judicial. Se recordó a este respecto que la Corte podía pronunciarse sobre la existencia de cualquier quebrantamiento del derecho internacional, incluida la existencia de un crimen, y extraer las conclusiones necesarias. La fórmula adoptada en la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se consideró como el único sustitutivo aceptable de la determinación por el propio Estado de la comisión de un crimen.

314. Sin embargo, se llamó la atención acerca de los límites de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, dado el carácter consensual de su competencia. Se afirmó que conferir jurisdicción obligatoria a la Corte Internacional de Justicia en los casos de que se trataba equivaldría a una auténtica revolución en el derecho internacional.

[444] Véase nota 421 *supra*.

v) *Posible exclusión de los crímenes del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre circunstancias que excluyen la ilicitud*

315. Se hizo la observación de que, dados la definición enunciada en el párrafo 2 del artículo 19 y el carácter *erga omnes* de la obligación violada en caso de crimen, y habida cuenta del párrafo 2 del artículo 29[445], quedaba ya establecido que el consentimiento no podía excluir la ilicitud de un crimen. Por lo que respecta al estado de necesidad, se señaló a la atención el apartado *a*, párrafo 2 del artículo 33[446], que igualmente hacía una excepción en el caso de una norma imperativa de derecho internacional general, de manera que el problema estaba ya resuelto. En cuanto a la fuerza mayor, objeto del artículo 31[447], se indicó que difícilmente podía aplicarse en el caso de los crímenes porque un crimen entrañaba premeditación.

316. Según una opinión, el análisis precedente confirmaba que no tenía objeto la distinción entre crímenes y delitos. Según otra opinión, la inaplicabilidad de las circunstancias que excluyen a la ilicitud formaba parte del régimen jurídico especial aplicable a los crímenes.

vi) *La obligación general de no reconocer las consecuencias de un crimen*

317. Algunos miembros señalaron que el ejemplo corriente de esta obligación era el relativo a la adquisición de territorio. A este respecto se plantearon varias cuestiones. En primer lugar se señaló que al establecer una obligación de no reconocer como legal cualquier adquisición territorial derivada del uso de la fuerza se volvía a la norma primaria, que prohibía el uso de la fuerza contra la integridad territorial y contra los derechos de los pueblos, y se entraba en el ámbito de las normas primarias, olvidando la decisión de la Comisión de tratar únicamente en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados de «normas secundarias». También se indicó que en la práctica de los Estados la adquisición de territorio resultante del uso de la fuerza no había de caracterizarse como un crimen del Estado: la obligación de no reconocer esa adquisición era consecuencia no sólo de los crímenes sino también de los delitos y la adquisición de territorio resultante del uso de la fuerza en ejercicio de la legítima defensa, aunque no era un crimen, seguía siendo un hecho ilícito al que debía aplicarse la obligación de no reconocimiento. Otra cuestión que se mencionó en este contexto fue que la mayor parte de las conductas criminales eran criminales por razón de sus consecuencias de hecho y que los hechos habían de reconocerse. Se trataba de saber si se reconocían también las consecuencias jurídicas.

318. Los miembros que abordaron la cuestión convinieron en que la obligación general de no reconocimiento de las consecuencias de los crímenes de agresión se derivaba de una decisión del Consejo de Seguridad. Uno de los miembros opinó que, sin embargo, la obligación en cuestión podía nacer también de una decisión de la Asamblea General.

vii) *La obligación general de no ayudar a un Estado «criminal»*

319. Se señaló que esta cuestión pertenecía a la esfera de la complicidad y era una cuestión de derecho primario. Un miembro, si bien admitió que la obligación pasiva de no reconocimiento se limitaba a ciertas clases de hechos ilícitos cuando estaba en discusión la validez de las medidas adoptadas, señaló que la obligación de no prestar asistencia al Estado autor, que en su opinión abarcaba tanto los delitos como los crímenes, no se limitaba a los hechos en que se cuestionaba la validez. Se hizo además la observación de que no existía obligación *de lege lata* o *de lege ferenda* de prestar ayuda a la víctima de un crimen.

c) *Las vías de actuación abiertas a la Comisión*

320. Según una corriente de opinión, la Comisión, pese a las dificultades a que daba lugar el concepto de crímenes del Estado, debía proseguir su tarea sin vacilar y dedicarse a definir las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos más graves que eran necesariamente diferentes, tanto a nivel sustantivo como a nivel adjetivo, de los delitos. Se subrayó que un estudio a fondo de las consecuencias de los crímenes que preservara el equilibrio entre codificación y desarrollo progresivo permitiría a la Comisión pronunciarse con perfecto conocimiento de causa, en segunda lectura, sobre la validez de la distinción establecida al principio. Por consiguiente se invitó a la Comisión a que se dedicara con prioridad a establecer un régimen especial de responsabilidad por los crímenes, conforme al mandato que le había renovado periódicamente la Asamblea General desde 1976. Se expresó confianza en que si bien existían otras posibilidades[448], el supuesto más probable era que la Comisión determinaría diferencias apreciables en las consecuencias de las dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos, sobre la base de la aceptación del artículo 19. Se sugirió que para facilitar la tarea la Comisión estableciera un intercambio con expertos del exterior, teniendo presente que todo progreso realizado en esta materia podría contribuir a reforzar la primacía del derecho en las relaciones internacionales, prevenir los conflictos y facilitar su solución.

321. Según otra corriente de opinión, no sería prudente que la Comisión se dedicase a formular disposiciones detalladas acerca de las consecuencias de los crímenes, dado el riesgo perfectamente real de que en definitiva pudiera fracasar en sus esfuerzos por elaborar una definición satisfactoria de «crimen del Estado» y no determinase más que consecuencias insignificantes, perjudiciales para otros aspectos más realistas del derecho o que pudieran agravar las amenazas contra la paz y la seguridad o restar viabilidad al concepto de violación *erga omnes* en general. También se señaló que todo esfuerzo

[445] Véase nota 418 *supra*

[446] *Ibid.*

[447] *Ibid*

[448] Se dijo que la Comisión podría aplazar la cuestión hasta la segunda lectura y en ese momento resolver satisfactoriamente la cuestión o decidir excluir del ámbito del proyecto los hechos internacionalmente ilícitos más graves o, como otra posibilidad, llegar a la conclusión de que los crímenes no entrañaban consecuencias diferentes de las de los delitos, planteándose entonces la cuestión de si debía eliminarse el artículo 19 no obstante su significación ideológica y simbólica.

por elaborar las consecuencias que pudieran derivarse de los crímenes de los Estados se desviaría de la premisa básica de que el proyecto había de confinarse a las normas secundarias, confrontaría a la Comisión con problemas de aplicación, invadiría el terreno del régimen de la Carta de las Naciones Unidas y supondría una desviación de la importante tarea de desarrollar un régimen satisfactorio relativo a las cuestiones generales de la responsabilidad de los Estados.

322. Aunque desaconsejaron cualquier cuestionamiento apresurado del artículo 19, cuya aprobación, según se recordó, fue descrita por la Comisión en el comentario pertinente como representando «un paso comparable al que se dio al reconocer explícitamente la categoría de las normas de *jus cogens* en la codificación del derecho de los tratados»[449], varios miembros admitieron que sería imposible que la Comisión, dentro de los límites de tiempo que se había fijado, elaborase normas sobre las consecuencias de los crímenes internacionales, habida cuenta de las dudas que existían sobre la distinción entre crímenes y delitos establecida en el artículo 19 y teniendo presentes la escasez de la práctica pertinente y el carácter delicado de la cuestión, que afectaba a la soberanía de los Estados.

323. En cuanto al procedimiento, algunos consideraron que era urgente establecer un régimen apropiado para los crímenes internacionales. Se sugirió que la Comisión debería comunicar a la Asamblea General las dificultades con que tropezaba y abstenerse en la fase de la primera lectura de presentar artículos sobre las consecuencias de los crímenes internacionales, reservándose la facultad de hacerlo en segunda lectura. Sin embargo, suscitó objeciones la idea de que la Comisión recabase la orientación de la Sexta Comisión, al igual que la sugerencia de que los crímenes del Estado constituyeran un tema aparte.

324. En cuanto al fondo se expusieron diversas ideas: se dijo que la Comisión podría limitarse a hacer constar la existencia de un vínculo estrecho entre las consecuencias materiales de los crímenes y la reacción de la comunidad internacional entera frente a esas consecuencias. Otro posible enfoque que se mencionó fue el de retener el artículo 19 con modificaciones, incluir en la segunda parte una cláusula que dijera que la aplicación de los artículos a los casos constitutivos de crímenes definidos en el artículo 19 no competía a esos artículos pero que los mismos podían aplicarse de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas o con el derecho internacional general y, finalmente, adaptar las normas de la segunda parte para abordar los crímenes de los Estados como hechos internacionalmente ilícitos. Se sugirió además que el proyecto se limitara de momento a la formulación de normas relativas a las consecuencias de la agresión, el genocidio y el *apartheid*.

d) *Conclusiones del Relator Especial sobre el debate*

325. Refiriéndose a la cuestión general de si debía mantenerse la distinción que se establecía en el artículo 19 entre crímenes y delitos internacionales, el Relator Especial hizo notar que, para la mayoría de los miembros, las infracciones muy graves del derecho internacional requerían consideración separada dentro del marco de la primera lectura del proyecto; mientras que algunos de ellos basaban esa distinción en una simple diferencia de gravedad entre unos actos delictivos internacionales y otros, la opinión prevaleciente era que esa distinción se basaba en una diferencia cualitativa. Otros, por su parte, opinaban que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado no debía tratar de una categoría especial y diferenciada de «crímenes». Algunos, finalmente, preconizaban incluso la eliminación del proyecto de todo tipo de distinción.

326. En lo concerniente al artículo 19, el Relator Especial destacó que, según la mayoría, debía mantenerse la redacción actual, pese a sus defectos, mejorada quizás en segunda lectura habida cuenta de la evolución de la práctica de los Estados y de la doctrina. Recordó que, a pesar de algunas reservas, eran bastantes los miembros que parecían inclinarse por el mantenimiento del término «crímenes», aunque sin excluir por ello la posibilidad de encontrar una solución mejor. Otros preferían que se renunciara al término «crimen», debido a sus connotaciones de derecho penal interno. Algunos sugerían que se sustituyera por una referencia a las violaciones muy graves del *jus cogens*. El Relator Especial hizo notar asimismo que, aunque los elementos básicos de la definición habían sido en general aceptados, especialmente la referencia a la violación por un Estado de una obligación internacional de importancia fundamental para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, la lista que figuraba en el párrafo 3 del artículo 19 exigía, a juicio de la mayoría de los oradores, nuevo examen o su inclusión en el comentario.

327. Refiriéndose a las posibilidades que se ofrecían a la Comisión, el Relator Especial advirtió que algunos miembros habían sugerido que se sometiera en primera lectura a la Asamblea General un texto que no se refiriera a las consecuencias de los crímenes, que se señalaran a la atención de la Asamblea las dudas que habían manifestado muchos miembros en cuanto a la posibilidad de codificar esta materia mientras no se encontrara una definición más aceptable de los crímenes y que se aplazara para la segunda lectura del proyecto la decisión sobre el artículo 19 y sobre las consecuencias de los crímenes. Dijo también que la mayoría de los miembros, con excepción, por supuesto, de los que eran totalmente opuestos a la distinción que se establecía en el artículo 19, consideraban preferible que la Comisión estudiara todas las soluciones posibles en forma de proyectos de artículos que fueran considerados por el Comité de Redacción en el próximo período de sesiones y se pronunciara sobre la cuestión en ocasión de la segunda lectura.

328. En cuanto a la cuestión de quién era competente para determinar que se había cometido un crimen en un caso determinado y para poner en práctica el régimen aplicable, el Relator Especial hizo notar que el debate había puesto de relieve dos series de problemas. Un problema que algunos oradores parecían considerar relacionado con la tercera parte del proyecto era el de qué órgano sería competente para resolver las posibles controversias sobre la existencia y la atribución de un cri-

[449] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 121, párr. 73 del comentario.

men y para decidir sobre la legitimidad de la reacción y sobre las medidas que exigiera la situación. El otro problema, que debía indudablemente incluirse en la segunda parte, era el de quién podía legítimamente reaccionar, ya fuera reclamando el cumplimiento de una obligación sustantiva (cesación del acto ilícito, reparación, satisfacción, garantías de no repetición), ya recurriendo a otras medidas (contramedidas o sanciones).

329. En lo concerniente al primer problema, el Relator Especial destacó que algunos oradores eran partidarios del establecimiento, quizás en un protocolo adicional, de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, mientras que otros dudaban de la utilidad de esa solución en vista de la renuencia que mostraban los Estados a recurrir a la Corte en asuntos importantes y del carácter voluntario de la jurisdicción de dicho Tribunal. Muchos oradores habían hecho hincapié en la necesidad de prever un mecanismo de verificación, de carácter judicial, que estuviera facultado para decidir basándose en la ley.

330. En cuanto al segundo problema, es decir el de quién está legitimado para reaccionar, el Relator Especial observó que se reconocía en general (con excepción de unos cuantos oradores radicalmente opuestos a la idea de un régimen especial para los crímenes) que la reacción a un crimen (empezando incluso por la calificación y la atribución del mismo) debía tener de preferencia su origen en un órgano internacional capaz de interpretar y poner en práctica la «voluntad» de la comunidad internacional y que aplicara, directamente o mediante decisiones obligatorias cuyos destinatarios fuesen los Estados, las consecuencias, de carácter más o menos perentorio, previstas por el derecho internacional. En ese contexto, él dudaba seriamente de que por el momento existiera una comunidad internacional organizada; a su juicio, la pretensión de que las Naciones Unidas constituían la expresión de una comunidad internacional bien organizada era altamente discutible. En todo caso, era opinión general que la llamada comunidad internacional no disponía actualmente, ni era probable que dispusiera en un futuro próximo, de un órgano adecuadamente representativo al que se confiara la función de poner en práctica el régimen aplicable a los crímenes y de organizar la respuesta a éstos, a reserva siempre de una verificación judicial apropiada de la legitimidad de la determinación de los crímenes y de la reacción a ellos. Recordó también que casi todos los oradores estaban de acuerdo en que, al menos para el caso de los crímenes consistentes en una agresión o en una violación de la paz, ya existía en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas un sistema de reacción colectiva, que no había sido, sin embargo, concebido, ni era fácilmente adaptable en su forma actual, a la aplicación de un régimen de responsabilidad.

331. Refiriéndose a la competencia *de lege lata* o *de lege ferenda* de los órganos de la Organización de las Naciones Unidas en la aplicación de la reacción a los crímenes, dijo el Relator Especial que la mayoría de los miembros parecían compartir la opinión que él había expuesto en la sección B.3 del capítulo II de su quinto informe[450] de que, incluso en el caso de un crimen tal como la agresión, el Consejo no podía ser considerado como el órgano específicamente competente para una reacción colectiva, fuera *ratione materiae* (por ejemplo en lo relativo a la reparación), desde el punto de vista de los criterios de evaluación jurídica por oposición a los criterios de evaluación política, y, finalmente, porque desde la perspectiva de una exigencia elemental de imparcialidad, ésta era difícilmente conciliable con el hecho de que el llamado derecho de veto garantizaría prácticamente la inmunidad de ciertos Estados. Advirtió a este respecto que si, por una parte, el régimen que se previera para la aplicación de las consecuencias de los crímenes no debía en modo alguno poner en tela de juicio los importantes poderes del Consejo de Seguridad en relación con el mantenimiento (y restablecimiento) de la paz, no sería tampoco procedente dar por supuesto que el Consejo de Seguridad podía ser incondicionalmente reconocido como órgano competente para la aplicación del régimen jurídico de los crímenes internacionales de los Estados, especialmente en el caso de las tres categorías de crímenes distintos de la agresión. Recordó también que, en vista de esas dificultades, algunos de los oradores habían sugerido que se circunscribiera la definición de los crímenes a las hipótesis ya previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas o que se trataran por separado los crímenes relacionados con esas hipótesis a fin de tomar mejor en consideración las posibilidades de acción del Consejo de Seguridad respecto de esos crímenes.

332. El Relator Especial destacó que varios oradores habían puesto en guardia contra toda injerencia en la función del Consejo de Seguridad, el cual tenía una función política dirigida al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y no se ocupaba ni del requisito previo de establecer la comisión del crimen ni de decir el derecho ni de sancionar al autor. No debía, en particular, preverse ninguna enmienda de la Carta de las Naciones Unidas destinada a confiar nuevas funciones al Consejo de Seguridad, y el proyecto debía indicar que sus disposiciones sobre los crímenes no irían en menoscabo de los procedimientos fijados en la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

333. El Relator Especial hizo notar además que, aunque algunos se inclinaban por dejar al Consejo de Seguridad la tarea de la aplicación de las consecuencias de los crímenes correspondientes a las hipótesis previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, otros habían sugerido una interpretación más liberal de los poderes del Consejo de Seguridad que permitiera a éste ocuparse igualmente de otros crímenes, y que al mismo tiempo se había destacado la necesidad de una reevaluación del papel de la Asamblea General como expresión de la «conciencia» de la comunidad internacional en su conjunto.

334. El Relator Especial destacó que la mayoría de los participantes en el debate habían puesto en guardia contra la posibilidad de dejar la reacción al crimen en manos de cada uno de los Estados lesionados (o de pequeños grupos de Estados) y habían considerado deseable una respuesta colectiva, ya de órganos de la Organización de las Naciones Unidas, como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General (competente esta última para ocuparse de todo tipo de situaciones que pudieran suponer la comisión de crímenes), ya, según algunos oradores, de otros órganos colectivos que pudieran establecerse. Tam-

[450] Véase nota 426 *supra*.

bién se habían sugerido posibles procedimientos de consulta. Algunos oradores se habían opuesto firmemente a la posibilidad de permitir, especialmente en relación con las medidas o sanciones más graves y a falta de toda manifestación de una «voluntad colectiva», iniciativas unilaterales de Estados o de grupos de Estados, mientras que otros habían opinado que debía dejarse abierta la puerta a la adopción de medidas unilaterales por cualquier Estado, ya en caso de falta de reacción oportuna y efectiva por parte de la llamada comunidad internacional organizada, ya para complementar esa reacción colectiva, en el entendimiento, evidentemente, de que no debía aceptarse ninguna reacción armada.

335. En lo concerniente a los aspectos objetivos de las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados, y concretamente a la naturaleza y el grado de las consecuencias agravadas, el Relator Especial puso de relieve la amplia aceptación de la idea de que no todas las excepciones previstas en los artículos 7 y 10[451] debían aplicarse en el caso de los crímenes: concretamente, la restitución en especie estaría únicamente sujeta a las restricciones del *jus cogens* y de la imposibilidad física, mientras que en el caso de la satisfacción, las excepciones serían no sólo la concesión de «daños y perjuicios punitivos» excesivamente gravosos sino también las medidas que afectaran a la soberanía nacional, a la autoridad interna o a la dignidad del Estado.

336. En cuanto a las consecuencias instrumentales, el Relator Especial había comprobado la existencia de un amplio acuerdo en lo concerniente a la prohibición, incluso en el caso de los crímenes, de medidas armadas, excepto, por supuesto, en el caso de las medidas que se adoptaran en legítima defensa, ya fuera individual o colectiva, o que adoptara, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad en situaciones que comprendieran crímenes de agresión, lo que, a su juicio, parecía confirmar una clara preferencia por un tratamiento diferenciado del crimen de agresión, como algo distinto de los demás tipos de crímenes enumerados en el artículo 19.

337. En relación con la legítima defensa colectiva, el Relator Especial advirtió que, según un orador, el proyecto debía insistir en los límites de la legítima defensa y poner claramente de relieve que un Estado sólo tiene derecho a actuar en ese sentido a petición del Estado atacado o sobre la base de una alianza o de un tratado regional de seguridad. Hizo notar asimismo que, excepto en el caso de legítima defensa, el empleo de la fuerza se consideraba por lo general, incluso como reacción a un crimen, como prerrogativa exclusiva de la llamada «comunidad internacional organizada» (y particularmente del Consejo de Seguridad), cuya autorización previa se requería para el uso de la fuerza en casos que no fueran de agresión, con inclusión de los de genocidio o de intervención por motivos humanitarios.

338. El Relator Especial advirtió que la mayoría de los oradores mantenían que las medidas «más severas», pero en ningún caso armadas, que se previeran debían ser menos intensas que las que pudiera aplicar el Estado vencedor contra un Estado vencido y que, según una opinión, toda medida que alcanzara un alto grado de intensidad debía ir precedida de una decisión colectiva genuinamente representativa del interés común de los Estados actuantes, mientras que debían condenarse las iniciativas unilaterales o de pequeños grupos. Esas medidas comprendían, a juicio de varios oradores, el enjuiciamiento de la responsabilidad criminal de las personas individuales que hubieran actuado en puestos clave de la estructura del Estado culpable.

339. El Relator Especial recordó que algunos miembros consideraban inadmisibles las violaciones de normas de *jus cogens* como reacción a un crimen (por ejemplo las violaciones de la prohibición del uso de la fuerza) y que, si bien, a juicio de algunos, las medidas que se adoptaran contra un Estado autor de un crimen podían ir más allá de la simple búsqueda de reparación, siempre debía quedar a salvo la norma de la proporcionalidad. Algunos oradores habían insistido además en la necesidad de condenar, incluso en el caso de los crímenes, cualesquiera medidas que afectaran a la integridad territorial del Estado o a la identidad de la población.

340. En cuanto a la preocupación por la población del Estado culpable, el Relator Especial advirtió que, aunque debían evitarse cuidadosamente cualesquiera efectos particularmente duros sobre las poblaciones, algunos oradores consideraban justificado que se tratara de hacer ver a los pueblos los peligros que para ellos podía representar la adopción de actitudes que equivalieran a una «complicidad» más o menos patente con los actos criminales de un gobierno democrático o no democrático, o de un déspota.

341. De todo lo expuesto deducía el Relator Especial que, aparte de los pocos oradores que discutían por cuestión de principio la oportunidad legal o política de la distinción entre delitos y crímenes, sólo uno había negado expresamente la existencia de toda diferencia en cuanto a las consecuencias de los unos y de los otros. Hizo notar asimismo la existencia de cierto grado de consenso en cuanto a la obligación general —condicionada, sin embargo, a un pronunciamiento de la llamada comunidad internacional organizada— de no reconocer como legalmente válida ninguna situación como resultado de la cual el Estado culpable hubiera obtenido una ventaja basada en el crimen, y que algunos reconocían también la existencia de una obligación general de no ayudar de manera alguna a dicho Estado a mantener la situación favorable creada en su beneficio por el crimen.

342. Se había hablado asimismo de un deber general de «solidaridad activa» para con el Estado o los Estados víctimas, acompañado de la obligación de cumplir de buena fe las medidas decididas por la comunidad internacional o por los propios Estados actuando de manera concertada en respuesta a un crimen internacional de Estado.

343. El Relator Especial concluyó diciendo que, aunque no se hubiera llegado a soluciones definitivas y concretas, el debate había proporcionado indicaciones suficientes para que él preparara, con la anticipación debida para el próximo período de sesiones, propuestas sobre las consecuencias de los crímenes en forma de artículos o párrafos de las partes segunda y tercera, que una vez examinados podrían remitirse al Comité de Redacción de 1995. Finalmente manifestó su confianza de que, juntamente con la terminación del trabajo ya en curso sobre

[451] Véase nota 422 *supra*.

las partes segunda y tercera, esto permitiría a la Comisión terminar a tiempo su primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

e) *Opiniones expresadas después de formular el Relator Especial sus conclusiones sobre el debate*

344. Algunos miembros expresaron la opinión de que, en vista de la apreciación hecha por el Relator Especial en su resumen (véase el párr. 326 *supra*), era necesario subrayar que existía una corriente de opinión considerable que tenía reservas respecto de la redacción del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos. Si se querían realizar esfuerzos constructivos en la segunda parte, parecía aconsejable avanzar sobre la base de una distinción no necesariamente entre crímenes y delitos sino entre actos internacionalmente ilícitos más graves y menos graves. Esos miembros expresaron también sus reservas sobre las conclusiones que figuran en el párrafo 231 *supra*.

345. Otros miembros expresaron la opinión opuesta, señalando que, a pesar del debate a que habían dado lugar el artículo 19 y la distinción entre crímenes y delitos, ese artículo y esa distinción ofrecían una base para la continuación de la labor del Relator Especial y la elaboración de proyectos de artículos para su presentación a la Comisión.

346. La Comisión llegó a la conclusión que se indica en el párrafo 231 *supra*.

2. Disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas, tal como se prevén hasta ahora en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados

347. Como se indica en el párrafo 228 *supra*, en su 45.° período de sesiones la Comisión recibió del Comité de Redacción cuatro artículos —a saber, los artículos 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas)— sobre las consecuencias instrumentales de los actos internacionalmente ilícitos, artículos que presentara el Presidente del Comité de Redacción pero sobre los que no se tomó ninguna decisión en espera de que se recibieran los correspondientes comentarios[452].

348. En el actual período de sesiones el Relator Especial apuntó, en el capítulo II de su sexto informe, que tal vez sería útil examinar de nuevo algunas de las cuestiones que planteaba la formulación de los artículos 11 y 12 aprobados por el Comité de Redacción en el anterior período de sesiones. Propuso, además, un nuevo enunciado para esos dos artículos (véase el documento A/CN.4/461 y Add.2 y Add.2/Corr.1).

349. La Comisión examinó el capítulo I del sexto informe del Relator Especial en su 2353.ª sesión.

350. En la misma sesión la Comisión remitió al Comité de Redacción los nuevos enunciados propuestos para los artículos 11 y 12, en el capítulo II del sexto informe del Relator Especial[453], con instrucciones de estudiar la posibilidad de modificar, a la luz de esas propuestas, los artículos 11 y 12 aprobados por la Comisión en el anterior período de sesiones, quedando entendido que, si ello resultase imposible, se volvería a trabajar con los artículos 11 y 12 aprobados por el Comité de Redacción, sobre los que se basaría la decisión de la Comisión.

351. En la 2366.ª sesión de la Comisión, el 13 de julio de 1994, el Presidente del Comité de Redacción presentó una versión revisada del artículo 11 e informó a la Comisión de que el Comité de Redacción no había podido modificar la redacción del artículo 12 aprobada en el anterior período de sesiones.

352. En la misma sesión la Comisión, después de examinar las recomendaciones del Comité de Redacción, aprobó provisionalmente los artículos 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas)[454], con miras a su inclusión en la parte II del proyecto de artículos, y aplazó su decisión sobre el artículo 12. Se reconoció que tal vez sería necesario revisar el artículo 11 a la luz del texto que finalmente se aprobase para el artículo 12.

353. En espera de la aprobación del artículo 12 y de la presentación de los comentarios pertinentes, la Comisión decidió no someter oficialmente a la Asamblea General artículos sobre las contramedidas; confía en presentarle un conjunto completo de artículos sobre esta cuestión el próximo período de sesiones.

[452] Véase *Anuario 1993*, vol. I, 2318.ª sesión

[453] El Relator Especial, después de que se transmitieran sus nuevas propuestas de texto al Comité de Redacción, presentó una versión revisada del enunciado que había sugerido para el artículo 12 (véase nota 427 *supra*)

[454] Los proyectos de artículos 11, 13 y 14 se leen como sigue:

«Artículo 11 —Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado

»1 El Estado lesionado podrá, mientras el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito no cumpla las obligaciones que le imponen los artículos 6 y 10 *bis* y sin perjuicio de las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos 12, 13 y 14, abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado, si ello fuera necesario, a la luz de la respuesta a sus demandas por el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, para inducir a éste a cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 6 y 10 *bis*

»2 Cuando una contramedida contra un Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito entrañe el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado, ese incumplimiento no podrá justificarse frente al tercer Estado invocando el párrafo 1

»Artículo 13 —Proporcionalidad

»Ninguna contramedida adoptada por el Estado lesionado deberá ser desproporcionada a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a la de los efectos de éste sobre el Estado lesionado.

»Artículo 14 —Contramedidas prohibidas

»El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida

»*a*) A la amenaza o al uso de la fuerza, prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas,

»*b*) A medidas extremas de coacción política o económica enderezadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito;

»*c*) A cualquier comportamiento que infrinja la inviolabilidad de los agentes locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares,

»*d*) A cualquier comportamiento que vulnere derechos humanos fundamentales, o

»*e*) A cualquier otro comportamiento que contravenga a una norma imperativa de derecho internacional general.»

Capítulo V

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

A.—Introducción

354. La Comisión, en su 30.° período de sesiones (1978), incluyó en su programa de trabajo el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y nombró Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter[455].

355. La Comisión recibió y examinó, entre su 32.° período de sesiones, en 1980, y su 36.° período de sesiones, en 1984, cinco informes del Relator Especial[456]. Los informes tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema y contenían propuestas relativas a cinco artículos. El plan esquemático figuraba en el tercer informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 34.° período de sesiones, en 1982[457]. Los cinco proyectos de artículos propuestos en el quinto informe del Relator Especial fueron sometidos a la Comisión en su 36.° período de sesiones, en 1984[458], y examinados por ella, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción.

356. La Comisión, en su 36.° período de sesiones (1984), dispuso también de la documentación siguiente: las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había dirigido en 1983 a dieciséis organizaciones internacionales con objeto de determinar, entre otras cosas, hasta qué punto las obligaciones que los Estados habían contraído recíprocamente y cumplían como miembros de organizaciones internacionales podían ser completadas o reemplazadas por algunos de los procedimientos indicados en el plan esquemático[459], y un trabajo preparado por la Secretaría titulado «Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»[460].

357. La Comisión, en su 37.° período de sesiones (1985), nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. La Comisión recibió, entre su 37.° período de sesiones (1985) y su 44.° período de sesiones (1992), ocho informes del Relator Especial[461]. En su 40.° período de sesiones (1988), la Comisión remitió al Comité de Redacción los artículos 1 a 10 propuestos por el Relator Especial para el capítulo I (Disposiciones generales) y el capítulo II (Principios)[462]. En su 41.° período de sesiones (1989), la Comisión reenvió al Comité de Redacción la versión revisada de esos artículos que habían sido ya remitidos al Comité de Redacción en el anterior período de sesiones y cuyo número había quedado reducido a nueve[463].

358. En su 44.° período de sesiones (1992), la Comisión creó un Grupo de Trabajo para que examinara algu-

---

[455] En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema y presentara un informe al respecto Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario 1978*, vol II (segunda parte), págs. 147 a 149

[456] Los cinco informes del anterior Relator Especial figuran reproducidos en

Informe preliminar *Anuario 1980*, vol II (primera parte), pág 259, documento A/CN 4/334 y Add 1 y 2,

Segundo informe *Anuario 1981*, vol II (primera parte), pág 113, documento A/CN 4/346 y Add 1 y 2,

Tercer informe *Anuario 1982*, vol II (primera parte), pág 61, documento A/CN 4/360,

Cuarto informe *Anuario 1983*, vol II (primera parte), pág 213, documento A/CN 4/373,

Quinto informe *Anuario 1984*, vol II (primera parte), pág 162, documento A/CN 4/383 y Add 1

[457] El texto del plan esquemático figura en *Anuario 1982*, vol II (segunda parte), párr 109 Las modificaciones introducidas al plan esquemático por el anterior Relator Especial figuran en *Anuario 1983*, vol II (segunda parte), párr 294

[458] El texto de los proyectos de artículos 1 a 5 presentados por el anterior Relator Especial figura en *Anuario 1984*, vol II (segunda parte), párr 237

[459] Las respuestas al cuestionario figuran en *Anuario 1984*, vol II (primera parte), pág 135, documento A/CN 4/378

[460] *Anuario 1985*, vol II (primera parte), *Adición*, documento A/CN 4/384

[461] Los ocho informes del Relator Especial se han publicado en

Informe preliminar *Anuario 1985*, vol II (primera parte), pág 101, documento A/CN 4/394,

Segundo informe *Anuario 1986*, vol II (primera parte), pág 153, documento A/CN 4/402,

Tercer informe *Anuario 1987*, vol II (primera parte), pág 49, documento A/CN 4/405,

Cuarto informe *Anuario 1988*, vol II (primera parte), pág 254, documento A/CN 4/413,

Quinto informe *Anuario 1989*, vol II (primera parte), pág 139, documento A/CN 4/423,

Sexto informe *Anuario 1990*, vol II (primera parte), pág 89, documento A/CN 4/428 y Add 1,

Séptimo informe *Anuario 1991*, vol II (primera parte), pág 73, documento A/CN 4/437,

Octavo informe *Anuario 1992*, vol II (primera parte), documento A/CN 4/443

[462] El texto de esos artículos figura en *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), pág 11

[463] Véase *Anuario 1989*, vol II (segunda parte), párr 311 Posteriormente el Relator Especial propuso, en el anexo a su sexto informe (véase nota 461 *supra*), nuevos cambios en algunos de esos artículos, véase también *Anuario 1990*, vol II (segunda parte), párr 471

nas de las cuestiones generales relativas al alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema[464]. En base a las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión adoptó en su 2282.ª sesión, el 8 de julio de 1992, un cierto número de decisiones[465].

359. En su 45.° período de sesiones (1993), la Comisión examinó el noveno informe del Relator Especial[466], dedicado a la cuestión de la prevención, y reenvió al Comité de Redacción el proyecto de artículo 10 (No discriminación)[467], que la Comisión había examinado en su 42.° período de sesiones (1990), así como los artículos 11 a 20 *bis*[468]. El Comité de Redacción aprobó provisionalmente los artículos 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos), 2 (Términos empleados), 11 (Autorización previa), 12 (Determinación del riesgo)[469] y 14 (Medidas para aminorar el riesgo). Sin embargo, de conformidad con su práctica de no aprobar artículos cuya presentación no está acompañada de comentarios, la Comisión decidió postergar hasta el siguiente período de sesiones la decisión sobre los proyectos de artículos propuestos[470].

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

1. Proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 45.° y 46.° de la Comisión

360. En las sesiones 2362.ª a 2366.ª, celebradas entre el 8 y el 13 de julio de 1994, la Comisión examinó y aprobó provisionalmente el artículo 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos), los párrafos *a*, *b* y *c* del artículo 2 (Términos empleados), el artículo 11 (Autorización previa), el artículo 12 (Determinación del riesgo), el artículo 13 (Actividades no autorizadas), el artículo 14 (Medidas para prevenir o aminorar el riesgo), el artículo 14 *bis* [20 *bis*] (No transferencia del riesgo), el artículo 15 (Notificación e información), el artículo 16 (Intercambio de información), el artículo 16 *bis* (Información al público), el artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales), el artículo 18 (Consultas sobre medidas preventivas), el artículo 19 (Derechos del Estado que pueden verse afectados) y el artículo 20 (Factores de equilibrio de intereses), que le remitió el Comité de Redacción en el 45.° período de sesiones (1993) y en el actual período de sesiones. El texto de estos artículos y los comentarios correspondientes se reproducen en la sección C.2 *infra*.

361. Durante la aprobación de estos artículos se planteó la cuestión de que los artículos no trataban directamente la situación especial de los países en desarrollo. Se señaló que la Comisión se proponía abordar esta cuestión en una disposición que podría colocarse en el capítulo relativo a las disposiciones generales y que sería aplicable a todos los artículos sobre este tema. Se señaló además que la Comisión no había aún decidido si debería preverse alguna función para las organizaciones internacionales. Si la Comisión decide ulteriormente solicitar la asistencia de las organizaciones internacionales en cuestiones tales como la evaluación del impacto ambiental de una actividad o el procedimiento de notificación, se reexaminarán los artículos correspondientes.

2. Décimo informe del Relator Especial

362. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el décimo informe del Relator Especial (A/CN.4/459), que fue presentado en la 2351.ª sesión de la Comisión, celebrada el 10 de junio de 1994. La Comisión decidió examinar el informe en el próximo período de sesiones.

363. El décimo informe trataba tres cuestiones: la prevención *ex post facto*, la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil. En los párrafos 364 a 379 *infra* figura un resumen del décimo informe como fue presentado por el Relator Especial.

a) *La prevención* ex post facto

364. El Relator Especial recordó el debate sostenido en la Comisión en su último período de sesiones, en el que bastantes miembros expresaron la opinión de que la prevención *ex post facto*, es decir las medidas adoptadas después de producido un incidente para reducir o controlar sus efectos, no debería considerarse como medidas preventivas sino que debería tratarse en el contexto de las medidas de reparación. El Relator Especial consideró esa opinión incompatible con el planteamiento adoptado en la conceptualización del tema y con los instrumentos jurídicos vigentes que regulan cuestiones similares. Explicó que el planteamiento del tema seguía la secuencia de los hechos, a saber: el incidente podía generar una cadena de causas y efectos que al final podían producir un daño transfronterizo. Por consiguiente, toda medida encaminada a prevenir o interrumpir esa cadena de causas y efectos que prevendría o reduciría el efecto perjudicial transfronterizo tenía de por sí carácter preventivo. Por tanto, era claro que el concepto de prevención era aplicable tanto a las medidas adoptadas para prevenir incidentes que pudieran conducir a un daño transfronterizo como a las medidas adoptadas para impedir que los efectos del incidente alcanzaran todo su potencial. Señaló que esta conceptualización la apoyaban también los ins-

---

[464] Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), párrs. 341 a 343.

[465] *Ibid.*, párrs. 344 a 349.

[466] *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/450.

[467] El artículo 10, presentado por el Relator Especial en su sexto informe, decía así:

»*Artículo 10.—No discriminación*

»Los Estados Partes considerarán de la misma manera los efectos de una actividad que se produzca en territorio o bajo la jurisdicción o control de otro Estado que aquellos que tengan lugar en su propio territorio. En particular, aplicarán las disposiciones de los presentes artículos y de sus leyes nacionales sin discriminación en cuanto a la nacionalidad, el domicilio o la residencia de las personas perjudicadas por las actividades del artículo 1.»

[468] El texto de esos artículos puede verse en *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), notas 62, 64, 68, 69, 70, 73, 74, 77, 79, 80 y 82, respectivamente.

[469] Documento A/CN.4/L.487 y Corr.1.

[470] Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), documento A/48/10, párr. 106.

trumentos jurídicos vigentes que regulan las cuestiones de la prevención del daño transfronterizo y la responsabilidad por el mismo. Hizo referencia a varios instrumentos jurídicos que regulan la prevención del daño transfronterizo o que establecen regímenes de responsabilidad civil en los que las mencionadas medidas se califican de preventivas[471]. El Relator Especial explicó que si la Comisión seguía deseando que la noción de medidas preventivas comprendiera sólo las adoptadas antes de que se produzca un incidente, debería usarse otro término, por ejemplo medidas de respuesta para las medidas de prevención *ex post facto*, ya que esas medidas tanto en la teoría como en los hechos no pueden tratarse dentro del ámbito de la reparación.

365. En lo que respecta a quién debería adoptar las medidas de respuesta, el Relator Especial consideró que dependía de las circunstancias. En algunas situaciones esas medidas deberían ser adoptadas por el Estado cuando fuera necesario utilizar grandes dispositivos del Estado, tales como la guardia nacional, los bomberos, etc., en situaciones de emergencia, pero en otras circunstancias por los propios particulares. A la luz de lo anterior, el Relator Especial propuso incluir dos nuevos párrafos en el artículo 2 (Términos empleados) para definir los términos «medidas de respuesta» y «daño»[472].

[471] Véanse la Convención sobre Responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 21 de junio de 1993, la cual en el párrafo 9 del artículo 2 dice que «*medidas preventivas* significan cualesquiera medidas adoptadas por cualquier persona *después de ocurrido un incidente** para prevenir o minimizar las pérdidas o el daño a que se refiere...»; la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, la cual en el párrafo 1 del artículo 2 habla de la obligación de las partes de tomar las medidas... para «*prevenir, reducir o controlar** los impactos ambientales de las actividades propuestas que sean adversos y significativos»; la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 17 de marzo de 1992, la cual dice en el párrafo 1 del artículo 3 que las partes adoptarán las medidas apropiadas para «proteger a los seres humanos y al medio ambiente contra accidentes industriales previniéndolos en lo posible al reducir su frecuencia y severidad y al mitigar sus efectos. Para este fin se aplicarán medidas preventivas de preparación y de respuesta, incluyendo las de restauración»; la Convención sobre responsabilidad civil por daños de contaminación por hidrocarburos resultante de la exploración y explotación de recursos minerales en los fondos marinos, la cual en el párrafo 1 del artículo 6 define el «daño por contaminación» como «cualquier daño fuera de la instalación causado por contaminación resultante del escape o descarga de petróleo de la instalación» e incluye «el costo de las medidas preventivas». El párrafo 7 de la misma Convención define las medidas preventivas como «cualesquiera medidas razonables adoptadas por cualquier persona en relación con un incidente determinado para prevenir o minimizar el daño por contaminación»; la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales utiliza una fórmula similar en los párrafos 10 y 11 del artículo 1, ya que incluye en el concepto de daño el costo de las medidas preventivas; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, al referirse al concepto de prevención en la parte XII emplea también términos como «prevenir, reducir y controlar» el daño.

[472] Los nuevos incisos dicen así:

«Se entiende por "medidas de respuesta" aquellas medidas razonables adoptadas por cualquier persona en relación con un incidente particular para prevenir o minimizar el daño transfronterizo;

»El daño a que se refiere el inciso [...] incluye el costo de las medidas de respuesta dondequiera que se hubieren tomado así como los daños que tales medidas hubieran podido ocasionar;».

b) *La responsabilidad de los Estados*

366. El Relator Especial señaló que todo su noveno informe[473] y parte del décimo trataban de la cuestión de la prevención, tanto en el aspecto de la prevención *ex ante* como de la prevención *ex post facto*. Siguiendo la recomendación de la Comisión, en la parte restante del décimo informe abordaba el examen de la cuestión de la responsabilidad. Refiriéndose al significado amplio del concepto de responsabilidad, señaló que, en la fase actual, no deseaba examinar el contenido de las medidas de reparación *(remedial measures)*, que podían ser diferentes de la indemnización en dinero. En esta fase se ocupaba sólo de la atribución de la responsabilidad y de algunos aspectos relacionados con esa atribución.

i) *Relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil*

367. El décimo informe examinaba cuatro maneras posibles de concebir un régimen de responsabilidad del Estado y de responsabilidad civil. La primera, dejar al Estado totalmente fuera del régimen de responsabilidad y prever solamente la responsabilidad civil del explotador. En los regímenes de este tipo no se imponen ningún deber ni obligación a los Estados. Un ejemplo destacado de este tipo de régimen, señaló el Relator, era el de la Convención sobre responsabilidad civil por daño resultante de actividades peligrosas, elaborada por el Consejo de Europa, en la que no se establecen para los Estados obligaciones de prevención o de otro tipo. La segunda, hacer que el Estado cargue con la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por hecho ilícito. En este supuesto, el Estado se convierte en el único actor responsable. Un ejemplo de este tipo de régimen es la Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, en la que el Estado tiene responsabilidad absoluta si el daño se causa en la superficie de la Tierra o en una aeronave en vuelo, pero responde también de los daños causados por su culpa a un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento. La tercera, el explotador tiene responsabilidad objetiva por el daño causado, pero el Estado carga también con la responsabilidad objetiva aunque sólo en la medida en que la parte de indemnización no sea satisfecha por el explotador privado. En este régimen, la responsabilidad del Estado es subsidiaria a la del explotador. Ejemplos destacados de este tipo de régimen son, a juicio del Relator, las Convenciones sobre la responsabilidad civil por accidentes nucleares. La cuarta, el explotador carga con la responsabilidad objetiva por el daño causado y el Estado tiene la responsabilidad subsidiaria con respecto a la parte de indemnización no satisfecha por el explotador, siempre que el Estado haya incumplido las obligaciones que le impone el régimen y que ese incumplimiento pueda relacionarse con el daño causado. El proyecto de Protocolo de la Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y de su eliminación es un ejemplo de este tipo de régimen. Según este proyecto de Protocolo, el explotador privado tiene la responsabilidad objetiva por los daños y el Estado tiene responsabilidad subsidiaria por la parte del daño

[473] Véase nota 466 *supra*.

no satisfecha por el explotador privado. Ahora bien, en este régimen, la responsabilidad del Estado se sujeta a la prueba de que el Estado haya incumplido una de las obligaciones que le impone el proyecto de Protocolo y que, de no haber sido por esta omisión, el daño no se habría producido[474].

368. A juicio del Relator Especial, el primero y el segundo de los regímenes mencionados eran inadecuados para este tema. El primer régimen no era pertinente y el segundo régimen, que considera al Estado plenamente responsable, solamente estaba justificado en una convención relativa a los objetos espaciales, porque los negociadores de esa convención consideraban que las actividades espaciales estaban reservadas a los Estados. El tercer régimen parecía apropiado para alguna de las actividades incluidas en este tema, en los casos en que un daño desastroso pueda incapacitar al explotador privado para pagar la indemnización plena y, por consiguiente, la responsabilidad subsidiaria del Estado garantizaría la indemnización de las víctimas inocentes. Señaló que este régimen podría modificarse para atenuar la responsabilidad subsidiaria del Estado creando, por ejemplo, un consorcio de todos los Estados Partes en la Convención o de explotadores privados de los Estados Partes para que asumieran la responsabilidad subsidiaria. En lo que respecta al cuarto régimen, el Relator Especial expresó la inquietud de que no sería razonable exigir de las víctimas, que frecuentemente son particulares, que demuestren que un Estado ha violado las obligaciones que le impone la Convención ya que esa tarea habitualmente requiere el acceso a información y a tipos de prueba que no están fácilmente a la disposición de particulares.

369. El Relator Especial propuso dos variantes para el régimen de la responsabilidad del Estado en este tema. Según una variante, aunque el Relator no la consideraba totalmente adecuada, el Estado tendría la responsabilidad subsidiaria con dos condiciones: que el daño causado por el explotador se debiera al incumplimiento por el Estado de las obligaciones que le impone la Convención; y que la responsabilidad del Estado se limitara a la parte de indemnización no satisfecha por el explotador. La otra variante establecería la responsabilidad civil del explotador sin que el Estado tuviera la obligación de indemnizar por el daño transfronterizo causado por una actividad[475]. Sin embargo, el Estado quedaría obligado sólo por la omisión de adoptar medidas preventivas, y las consecuencias de esa omisión ya se establecen en la parte segunda de los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[476], a saber: la cesación del acto ilícito, la restitución en especie, la indemnización, la satisfacción y las garantías de no repetición[477]. Por ejemplo, si el Estado de origen permite que una actividad de las comprendidas en el artículo 1 se lleve a cabo sin autorización previa, notificación, etc., no cumpliría con su obligación de ejercer la debida diligencia. Si en este caso se produce un daño transfronterizo, el explotador tendrá responsabilidad objetiva, y el Estado responderá sólo de las consecuencias del incumplimiento de su obligación de ejercer la debida diligencia, es decir será responsable de su acto ilícito.

ii) *La responsabilidad civil*

370. El Relator Especial señaló que, en general, las convenciones internacionales sobre responsabilidad civil por actividades peligrosas han impuesto la responsabilidad objetiva, basándose fundamentalmente en que las víctimas deben ser indemnizadas rápidamente. El informe enumera las características comunes de los regímenes de responsabilidad civil existentes: *a*) se individualiza claramente al explotador que carga con la responsabilidad y, si hay más de un explotador, su responsabilidad es solidaria y mancomunada; *b*) invariablemente al explotador se le obliga a tomar un seguro o a prestar algún tipo de garantía financiera; *c*) cuando es posible, se establecen fondos de indemnización; *d*) para mejor funcionamiento del sistema, se aplica el principio de no discriminación, es decir, el Estado de origen concede a los no nacionales en sus tribunales nacionales la misma protección que concede a sus nacionales; *e*) en todas las cuestiones no reguladas directamente por la Convención, es aplicable el derecho del tribunal competente, siempre que ese derecho sea compatible con las disposiciones de la Convención; *f*) las sentencias ejecutorias en una jurisdicción son también ejecutorias en todas las demás jurisdicciones de las partes en la Convención, salvo que se disponga otra cosa; y *g*) las indemnizaciones en especie se pagan en la moneda elegida por el beneficiario de la indemnización.

a. *Responsabilidad del explotador*

371. Una de las características importantes de los regímenes de responsabilidad civil, señaló el Relator Especial, es la clara identificación de la parte responsable del daño causado. Esta claridad tiene la ventaja no sólo de advertir a las partes potencialmente responsables para que hagan todo lo posible para evitar causar daño, sino que también facilita la indemnización de la parte perjudicada en caso de daño. El Relator Especial declaró que un examen de los regímenes de responsabilidad civil mostraba que, en general, la responsabilidad se canalizaba

[474] Véanse los párrafos 5 y 7 del proyecto de Protocolo, documento UNEP/CHW 1/WG.1/1/3

[475] El Relator Especial presentó las dos variantes siguientes

«Artículo 21.—Responsabilidad subsidiaria por incumplimiento del Estado

»VARIANTE A

»El daño que no hubiera ocurrido si el Estado de origen hubiese cumplido con sus obligaciones de prevención respecto a las actividades del artículo 1 comprometerá la responsabilidad del Estado de origen Esa responsabilidad se limitará a la parte de la indemnización que no alcanzare a ser satisfecha por aplicación de las provisiones sobre responsabilidad civil establecidas en estos artículos

»VARIANTE B

»El Estado de origen no será responsable en ningún caso por las indemnizaciones correspondientes a daños causados por incidentes derivados de las actividades del artículo 1 »

[476] Véanse notas 421, 422 y 454 *supra*.

[477] El Relator Especial propone un artículo adicional que dice lo siguiente

«Artículo X —Responsabilidad internacional del Estado

»El incumplimiento por el Estado de origen de las obligaciones de prevención establecidas en esos artículos tendrá las consecuencias que el derecho internacional dispone para la violación de las obligaciones internacionales.»

por conducto del explotador, basándose en que el explotador: *a*) es el que controla la actividad; *b*) es el que está en mejores condiciones para evitar causar un daño; y *c*) es el principal beneficiario de la explotación y, por tanto, debe asumir el costo que la explotación suponga para otros. Inspirándose en la Convención sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, que quizá sea la más pertinente para este tema dado su carácter general, el Relator Especial propuso disposiciones para definir al explotador y su responsabilidad. El explotador es la persona que ejerce el «control» sobre la actividad. El explotador es responsable del daño transfronterizo significativo que causare su actividad durante el período en que tuviere el control sobre la misma. Si hay más de un explotador, la responsabilidad es solidaria, a menos que el explotador probare que él ha sido responsable sólo de parte del daño, en cuyo caso responderá únicamente de esa parte[478].

b. *Obligación de tomar seguro*

372. Inspirándose en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil, el Relator Especial propuso disposiciones que requieren la garantía financiera del explotador que realice actividades incluidas en este tema[479]. Estas disposiciones dejarán a los Estados de origen determinar, mediante su derecho interno, el alcance y el objeto de las garantías financieras que deban concertarse. Algunos Estados pueden establecer la obligación de tomar seguro en tanto que otros pueden establecer distintos esquemas financieros en los que participarán los explotadores. La cuantía de las garantías la determinará el Estado de origen en función del riesgo que pueda entrañar una actividad. Cuando haya garantes financieros, las acciones de indemnización podrán ejercerse directamente contra ellos.

c. *Tribunal competente*

373. El Relator Especial señaló que en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil se ha establecido la competencia de diversas jurisdicciones para conocer de las reclamaciones. Entre los órganos con jurisdicción figuran los siguientes: *a*) los tribunales del lugar en que se produzca el daño; *b*) los tribunales del lugar donde reside el explotador; *c*) los tribunales del lugar donde reside el perjudicado; o *d*) los tribunales del lugar en que deberían haberse adoptado las medidas preventivas. Cada una de estas jurisdicciones tiene ventajas a efectos de la reunión de las pruebas o de la conveniencia del actor o del demandado. En consecuencia, el texto que ha propuesto el Relator Especial prevé sólo las tres primeras jurisdicciones[480].

d. *Aplicación de la ley nacional sin discriminación*

374. El Relator Especial señaló que, para que los regímenes de responsabilidad civil sean eficaces, las jurisdicciones competentes deben conceder igualdad de trato ante la ley a los nacionales y a los no nacionales así como a los residentes y a los no residentes. Por tanto, los Estados Partes tal vez tengan que eliminar los obstáculos que puedan conducir a esa discriminación. A su juicio, una disposición de esta naturaleza es necesaria también para estos artículos. Declaró que el principio establecido por el artículo 10, relativo a la no discriminación, tal vez lo considere la Comisión suficiente para cumplir esta condición. De lo contrario, en esta parte del proyecto de artículos podría incluirse un artículo específico con un texto similar[481].

---

[478] El Relator Especial propone agregar al artículo 2 un nuevo apartado redactado así:

«"Explotador" es la persona que ejerce el control de una actividad del artículo 1.»

y agregar los siguientes artículos, cuya numeración sería establecida por el Comité de Redacción en el texto definitivo:

«Artículo A.—Responsabilidad del explotador

»El explotador de una actividad del artículo 1 será responsable por todo daño transfronterizo significativo que causare dicha actividad durante los períodos en que ejerciere su control sobre la actividad.

»*a*) En caso de hechos continuados, o de una serie de hechos del mismo origen, los explotadores responsables según el párrafo anterior tendrán responsabilidad solidaria;

»*b*) Si el explotador probare que durante el período del hecho continuado por el que es responsable no se ha producido sino una parte del daño, responderá por esa parte;

»*c*) Si probare que el hecho de la serie del mismo origen por el que fuera responsable sólo ha causado una parte del daño, responderá por esa parte.

»Artículo B.—Repetición contra terceros

»Ninguna disposición de los presentes artículos se opondrá al derecho de recurso que la ley del tribunal competente otorgue al explotador contra cualquier tercero.»

[479] Los textos propuestos por el Relator Especial dicen lo siguiente:

«Artículo C.—Las seguridades financieras o el seguro

»Para cubrir la responsabilidad establecida por estos artículos, los Estados de origen impondrán, cuando sea apropiado, a los explotadores que conduzcan una actividad peligrosa en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, su participación en un régimen de seguridad financiera o bien que mantengan otra garantía financiera entre ciertos límites que determinarán las autoridades de esos Estados conforme a la evolución del riesgo de la actividad en cuestión y a las condiciones que fije su derecho interno.

»Artículo D.—Acción directa contra asegurador o garante financiero

»Cualquier acción de indemnización podrá ser dirigida directamente contra el asegurador u otra persona que hubiere otorgado las garantías financieras del artículo anterior.»

[480] El texto propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo E.—El tribunal competente

»Las acciones por indemnización de daños que correspondan a la responsabilidad civil del explotador sólo podrán interponerse en los tribunales competentes de un Estado miembro, ya sea del afectado, o del Estado de origen, o del Estado donde el explotador responsable tiene su domicilio, o su residencia, o el asiento principal de sus negocios.»

[481] El texto propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«Artículo F.—Recursos internos

»Las Partes proveerán en su derecho interno los recursos judiciales que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por actividades del artículo 1.

»Artículo G.—Aplicación de la ley nacional

»Los tribunales competentes aplicarán su ley nacional a todas las materias, tanto de fondo como de procedimiento, que no hayan sido específicamente tratadas en estos artículos.»

e. *Causalidad*

375. Siguiendo a la Convención sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, el informe propuso que un tribunal, al examinar las pruebas relativas al nexo causal entre las actividades y las consecuencias, debe tener debidamente en cuenta el aumento del riesgo de daño que entraña una actividad específica. Sin embargo, el artículo propuesto en el informe no establece la presunción de causalidad entre el incidente y el daño[482].

f. *Ejecutoriedad de la sentencia*

376. Uno de los elementos esenciales de todo régimen eficaz de responsabilidad civil es la posibilidad de que la sentencia dictada en una jurisdicción pueda ser ejecutada en otra jurisdicción. De lo contrario, el esfuerzo de la parte que solicite la reparación ante los tribunales nacionales puede ser inútil. Ésta es la razón de que en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil exista una disposición sobre la ejecutoriedad de las sentencias. No obstante, se prevén algunas excepciones. Entre ellas figuran, por ejemplo, el fraude; la violación de la equidad procesal, en particular cuando la parte contra la que se dicta la sentencia no haya sido notificada con antelación suficiente para preparar su defensa; y cuando la sentencia dictada es contraria al orden público del Estado en el que se pretende la ejecución de la sentencia. Estas disposiciones requieren que la parte que pide la ejecución de la sentencia cumpla las normas procesales del Estado de que se trate para obtener esa ejecución. Partiendo de lo anterior, el Relator Especial propuso una disposición sobre la ejecutoriedad de la sentencia[483].

g. *Exenciones de responsabilidad*

377. El fundamento de las exenciones de responsabilidad en las convenciones vigentes sobre responsabilidad civil depende de su objeto y del grado de riesgo que la actividad entraña para otros y para el medio ambiente. Como fundamentos de las exenciones de responsabilidad se indican los siguientes: el conflicto armado, los fenómenos naturales imprevisibles de carácter excepcional e irresistible; el resultado de un hecho ilícito e intencional de un tercero; y la negligencia grave de la parte perjudicada. A juicio del Relator Especial, estos fundamentos son igualmente razonables como exenciones de responsabilidad en lo que respecta a los tipos de actividades incluidas en este tema y por lo tanto propuso un artículo sobre exenciones[484]. En lo que respecta a las exenciones de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, concretamente el incumplimiento de las disposiciones preventivas, los fundamentos de la exención son los que figuran en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[485].

h. *Prescripción*

378. En las diferentes convenciones sobre la responsabilidad civil se establecen diversos plazos de prescripción. Estos plazos oscilan entre un año, según la Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, y diez años según la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares. Estos plazos se establecieron teniendo en cuenta diversas consideraciones, como, por ejemplo, el plazo dentro del cual el daño puede resultar visible e identificable, el plazo que puede ser razonablemente necesario para determinar un nexo causal entre el daño y una actividad determinada, etc. A juicio del Relator Especial, dado que los tipos de actividades contenidos en este tema son más similares a los incluidos en la Convención sobre responsabilidad civil por daño resultante de actividades peligrosas para el medio ambiente, el plazo de prescripción de tres años establecido en esta Convención sería también adecuado para las reclamaciones de indemnización presentadas por los daños de que se ocupa el proyecto de artículos. En ningún caso puede ejercitarse una acción una vez transcurridos treinta años desde la fecha del accidente. En consecuencia, el Relator propuso un artículo en este sentido[486]. El artículo tendría

[482] El texto del artículo propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente

«Artículo H

»Al apreciar la prueba de la causalidad entre el incidente y el daño, el tribunal tendrá debidamente en cuenta el riesgo acrecido de provocar el perjuicio que es inherente a la actividad peligrosa »

[483] El texto del artículo propuesto dice lo siguiente

«Artículo I — Ejecutoriedad de la sentencia

»1 Cuando las sentencias definitivas pronunciadas por el tribunal competente fuesen ejecutorias con arreglo a las leyes aplicadas por dicho tribunal, serán reconocidas en el territorio de cualquier otra Parte Contratante a menos que

»*a*) La sentencia hubiere sido obtenida mediante fraude,

»*b*) No se hubiere notificado la demanda con antelación razonable para que el demandado pudiera presentar su caso en condiciones debidas,

»*c*) La sentencia fuere contraria al orden público del Estado en que se gestione su reconocimiento, o no se ajustase a las normas fundamentales de la justicia,

»*d*) La sentencia fuere incompatible con una sentencia anterior dictada en el Estado donde se procura el reconocimiento, respecto a una demanda del mismo contenido y entre las mismas partes

»2 Una sentencia reconocida de acuerdo al inciso anterior será ejecutada en cualquiera de los Estados miembros desde el momento en que se cumplan las formalidades prescritas por el Estado miembro e-que se gestione la ejecución No se admitirá un nuevo examen sobre el fondo del asunto »

[484] El texto del artículo propuesto dice lo siguiente

«Artículo J —Exenciones

»1 No habrá responsabilidad del explotador

»*a*) Si el daño fue directamente debido a un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o

»*b*) Si el daño causado fue enteramente por un acto u omisión de un tercero cuya intención hubiere sido causar daño

»2 Si el explotador probare que el daño ha resultado, total o parcialmente, de un acto u omisión de la persona que sufrió el daño, o por su negligencia, podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad hacia esa persona »

[485] Véase nota 418 *supra*

[486] El texto del artículo propuesto dice lo siguiente

«Artículo K —Plazos

»Las acciones por responsabilidad de estos artículos prescribirán luego de un período de tres años a partir de la fecha en que el actor

(Continuación en la página siguiente)

también en cuenta si la actividad es de carácter continuo o si consiste en una serie de actividades. A juicio del Relator Especial, el plazo de prescripción de tres años debería aplicarse tanto a la responsabilidad del Estado como a la responsabilidad del explotador.

c) *Procedimiento*

379. El tipo de controversias que pueden surgir respecto de las actividades comprendidas en estos artículos en la mayoría de los casos enfrentarán a un particular con un Estado. Por ejemplo, si el régimen de responsabilidad prevé la responsabilidad subsidiaria del Estado, el Estado tal vez tenga que comparecer ante el tribunal de otro Estado para defenderse. El informe examinó diversas posibilidades, pero consideró que la propuesta más apropiada era la hecha por los Países Bajos en el Comité Permanente del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) en el sentido de crear un foro único, como una comisión de reclamaciones mixtas, en el que pudieran conocerse y resolverse todos los tipos de reclamaciones que conciernan a Estados y particulares.

C.—Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional

1. Texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el presente en primera lectura

380. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión.

[Capítulo I.—Disposiciones generales][487]

Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplican a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que se realicen en el territorio de un Estado o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control y que entrañen un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

***a*) Se entiende por «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible;**

b) **Se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes;**

c) **Se entiende por «Estado de origen» el Estado en cuyo territorio, o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control, se realicen las actividades a que se refiere el artículo 1.**

[Capítulo II —Prevención][488]

Artículo 11[489] *—Autorización previa*

Los Estados velarán por que las actividades a que se refiere el artículo 1 no se realicen en su territorio, o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control, sin su autorización previa. Dicha autorización también será necesaria en el caso de que se proyecte efectuar un cambio importante que pueda transformar la actividad de que se trate en una de las actividades a que se refiere el artículo 1.

Artículo 12.—Determinación del riesgo

Los Estados velarán, antes de adoptar la decisión de autorizar una de las actividades a que se refiere el artículo 1, por que se proceda a determinar el riesgo de que la atividad cause un daño transfronterizo sensible. Esa determinación comprenderá una evaluación de los posibles efectos de la actividad sobre las personas o los bienes y sobre el medio ambiente de otros Estados.

*Artículo 13.—Actividades no autorizadas**

Si un Estado, habiendo asumido las obligaciones contenidas en estos artículos, comprueba que en su territorio o en lugares que de alguna otra manera están bajo su jurisdicción o control se está desarrollando alguna actividad que entraña el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles sin la autorización requerida por el artículo 11, ordenará a los responsables de tal actividad que obtengan la autorización necesaria. Hasta que se conceda la autorización, el Estado podrá permitir, a su propio riesgo, que continúe la actividad de que se trate.

Artículo 14.—Medidas para prevenir o aminorar el riesgo[490]

Los Estados tomarán disposiciones legislativas, administrativas o de otra índole a fin de velar por que se adopten las medidas apropiadas para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo que pueda resultar de las actividades a que se refiere el artículo 1.

Artículo 14 **bis** *[20* **bis***].—No transferencia del riesgo*

Al tomar medidas para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles, los Estados velarán por que el riesgo no se traslade simplemente, directa o indirectamente, de una zona a otra o se transforme de un tipo de riesgo en otro.

(Continuación de la nota 486)

tuvo conocimiento, o debió razonablemente haberlo tenido, del daño y de la identidad del explotador o del Estado de origen en caso de responsabilidad del Estado No podrá interponerse acción alguna luego de transcurridos 30 años de la fecha del incidente que causó el daño Si el incidente consistió en un hecho continuo, los plazos comenzarán a contarse a partir del momento en que comenzó y si consistiera en una serie de ocurrencias del mismo origen, a partir de la última »

[487] El título del capítulo es provisional

* Anteriormente, el título del artículo 13 era «Actividades preexistentes».

[488] *Ibid*

[489] La numeración actual es provisional y corresponde a la que el Relator Especial propone en sus informes

[490] La expresión «prevenir o aminorar el riesgo» de daño transfronterizo, utilizada en este y en otros artículos, se reconsiderará a la luz de la decisión de la Comisión sobre si el concepto de prevención incluye, además de las medidas orientadas a prevenir o aminorar el riesgo de que se produzca un accidente, las adoptadas, después de ocurrido un accidente, para prevenir o aminorar el riesgo.

Artículo 15.—Notificación e información

1. Si la evaluación del artículo 12 indicara que existe un riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado de origen notificará sin dilación esa situación a los Estados que puedan resultar afectados y les transmitirá la información técnica disponible y otra información pertinente en que se base la evaluación, indicando un plazo razonable dentro del cual deberán responder.

2. En el caso de que, posteriormente, llegare a conocimiento del Estado de origen la posibilidad de que otros Estados puedan resultar afectados, también procederá a notificarlos sin demora.

Artículo 16.—Intercambio de información

Durante el desarrollo de la actividad, los Estados interesados deberán intercambiar oportunamente toda la información pertinente para prevenir o aminorar todo riesgo de causar daños transfronterizos sensibles.

Artículo 16 bis.*—Información al público*

En la medida de lo posible y por los medios que corresponda, los Estados facilitarán al público que pueda resultar afectado por una actividad a que se refiere el artículo 1 información relativa a esa actividad, al riesgo que entrañe y a los daños que pudieran derivarse de ella, y averiguarán sus opiniones.

Artículo 17.—Seguridad nacional y secretos industriales

Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para la protección de secretos industriales podrán no ser transmitidos, pero el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.

Artículo 18.—Consultas sobre medidas preventivas

1. Los Estados interesados se consultarán, a petición de cualquiera de ellos y sin demora, con miras a encontrar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles y cooperarán en la aplicación de esas medidas.

2. Los Estados buscarán soluciones basadas en un equitativo equilibrio de intereses que se prevé en el artículo 20.

3. Si las consultas mencionadas en el párrafo 1 no conducen a una solución acordada, el Estado de origen, sin embargo, deberá tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados y podrá proseguir la actividad por su cuenta y riesgo, sin perjuicio del derecho de cualquier Estado que no haya dado su acuerdo a mantener los derechos que pueda tener en virtud de estos artículos o de otra norma.

Artículo 19.—Derechos del Estado que puede verse afectado

1. Cuando no hubiere mediado notificación respecto a una actividad desarrollada en el territorio de un Estado, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, cualquier otro Estado que tuviere razones fundadas para creer que esa actividad ha creado el riesgo de causarle un daño sensible podrá solicitar las consultas del artículo anterior.

2. El Estado que solicite las consultas proporcionará una evaluación técnica de las razones en que fundare su opinión. Si la actividad resultare ser una de las previstas en el artículo 1, el Estado que solicite las consultas podrá reclamar del Estado de origen el pago de una parte equitativa del costo de la evaluación.

Artículo 20.—Factores de un equilibrio equitativo de intereses

Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 18, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre ellos:

***a*) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios de impedir o reducir al mínimo ese riesgo o de reparar el daño;**

***b*) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para los Estados que puedan resultar afectados;**

***c*) El riesgo de daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios de prevenir o aminorar ese riesgo o de rehabilitar el medio ambiente;**

***d*) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de la prevención exigida por los Estados que pueden resultar afectados y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios o de sustituirla por otra actividad;**

***e*) El grado en que los Estados que pueden resultar afectados están dispuestos a contribuir a los costos de la prevención;**

***f*) Las normas de protección que los Estados que pueden resultar afectados aplican a la misma actividad o actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.**

2. Texto y comentarios de los proyectos de artículos 1, 2 (párrafos *a*, *b* y *c*), 11 a 14 *bis* [20 *bis*], 15 a 16 *bis* y 17 a 20, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 46.° período de sesiones

Comentario general

1) La civilización actual, basada en la ciencia, se caracteriza por un uso cada vez más intenso, de muchas formas diferentes, de los recursos del planeta, con fines económicos, industriales o científicos. Además, la escasez de recursos naturales, la necesidad de una utilización más eficiente de los recursos, la creación de recursos sustitutivos y la capacidad para manipular organismos y microorganismos se han traducido en métodos de producción innovadores, a veces con consecuencias imprevisibles. A causa de la interdependencia económica y ecológica, las actividades que implican la utilización de recursos que se encuentran dentro del territorio, la jurisdicción o el control de un Estado pueden tener efectos perjudiciales en otros Estados o en los nacionales de éstos. Este aspecto real de la interdependencia mundial ha quedado demostrado por acontecimientos que, con frecuencia, han producido daños fuera de la jurisdicción territorial o del control del Estado en que la actividad se realizaba. La frecuencia con que se realizan actividades permitidas por el derecho internacional pero con consecuencias perjudiciales transfronterizas, unida a los avances científicos y a un mayor conocimiento del alcance de esos daños y de sus consecuencias ecológicas, determinan la necesidad de alguna reglamentación internacional en esa materia.

2) La base jurídica para la reglamentación internacional de esas actividades ha sido articulada en la práctica de los Estados y en las decisiones judiciales, especialmente por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Détroit de Corfou*, en el que la Corte observó que había «principios generales ampliamente reconocidos» de derecho internacional sobre la «obligación para todo Estado de no permitir la utilización de su territorio para actos

contrarios a los derechos de los demás Estados»[491]. El tribunal del asunto *Fonderie de Trail* llegó a una conclusión análoga al decir que «de acuerdo con los principios del derecho internacional y la legislación de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes»[492].

3) El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano apoya también el principio de que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos con arreglo a su propia normativa ambiental y la obligación de «asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional»[493]. Ese Principio 21 fue reafirmado en las siguientes resoluciones de la Asamblea General: 2995 (XXVII), sobre Cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente; 3129 (XXVIII), sobre Cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados; y 3281 (XXIX), por la que se aprobó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados[494]; y en el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[495]. Además, el párrafo 1 de la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General aclaró más el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, al decir que «en la exploración, explotación y el desarrollo de sus recursos naturales, los Estados no deben causar efectos perjudiciales sensibles en zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional». Este principio encuentra también apoyo en los «Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados»[496] y en algunas recomendaciones del Consejo de la OCDE[497]. Los proyectos de artículos siguen el principio sólidamente establecido en derecho internacional *sic utere tuo ut alienum non laedas* (usa tus bienes de manera que no causes daños a los bienes ajenos). Como ha dicho Lauterpacht, esta máxima «no es menos aplicable a las relaciones entre los Estados que a las relaciones entre individuos; ... es uno de esos principios generales del derecho... que la Corte Internacional de Justicia tiene que aplicar en virtud del artículo 38 de su Estatuto»[498].

[491] *C.I.J. Recueil... 1949* (véase nota 236 *supra*), pág. 22.

[492] Naciones Unidas, *Recueil...* (véase nota 410 *supra*), pág. 1965.

[493] Véase nota 213 *supra*.

[494] Véanse especialmente los artículos 2 y 30.

[495] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo...* (véase nota 198 *supra*), Anexo I.

[496] Véase nota 277 *supra*.

[497] Véanse las recomendaciones aprobadas el 14 de noviembre de 1974 por el Consejo de la OCDE: C(74)224, sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza (anexo, sección B); C(74) 220, sobre el control de la eutrofización de las aguas; y C(74)221, sobre estrategias para el control de determinados contaminantes del agua [*L'OCDE et l'environnement* (nota 296 *supra*), págs. 142, 51 y 52, respectivamente].

[498] L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8.ª edición, H. Lauterpacht, ed. (Londres, Longmans, Green, 1955), vol. I, *Peace*, págs. 346 y 347.

4) Las declaraciones y la doctrina judiciales y las declaraciones de organizaciones internacionales y regionales, juntamente con las formas no judiciales de la práctica de los Estados, ofrecen base suficiente para los siguientes artículos, que tienen por objeto establecer unas normas de comportamiento en lo que se refiere a la realización y los efectos de actividades no prohibidas por el derecho internacional pero que pueden tener consecuencias perjudiciales transfronterizas. Los artículos desarrollan más detenidamente las obligaciones específicas de los Estados a ese respecto y reconocen la libertad de los Estados para utilizar sus recursos dentro de sus propios territorios pero de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados.

5) La Comisión decidió en su 44.º período de sesiones, en 1992, abordar el tema por etapas[499]. La primera etapa está consagrada a las cuestiones relativas a la prevención de los daños transfronterizos de las actividades que comportan un riesgo de causar esos daños. Los artículos siguientes tratan, en principio, sólo de esa cuestión.

[CAPÍTULO I.—DISPOSICIONES GENERALES][500]

Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplican a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que se realizan en el territorio de un Estado o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control y que entrañen un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Comentario

1) En el artículo 1 se define el ámbito de aplicación de los artículos cuyo objeto concreto es tratar de las medidas que se han de adoptar para prevenir el daño transfronterizo resultante de las actividades que entrañan un riesgo de causar dicho daño.

2) El artículo 1 limita el ámbito de aplicación de los artículos a las actividades no prohibidas por el derecho internacional y realizadas en el territorio de un Estado o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control y que entrañen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible por sus consecuencias físicas. La Comisión es consciente de la necesidad de criterios adicionales que permitan determinar con más precisión el tipo de actividades a las que han de aplicarse estos artículos. Por eso tiene la intención de examinar más adelante esta cuestión y de recomendar una disposición que defina las actividades de que se trata, o una disposición que enumere esas actividades o que especifique de alguna otra manera su carácter. Esta definición del ámbito de aplicación contiene ahora cuatro criterios.

3) El primer criterio se refiere al título del tema, a saber, que los artículos se aplican a «actividades no prohi-

[499] Véase párr. 348 *supra*.

[500] El título del capítulo es provisional.

bidas por el derecho internacional»[501]. Este criterio recalca la distinción entre el alcance de este tema y el del tema de la responsabilidad de los Estados que trata de «hechos internacionalmente ilícitos».

4) El segundo criterio es que las actividades a las que son aplicables las medidas preventivas se realizan «en el territorio de un Estado o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control». Tres conceptos se utilizan en este criterio: «territorio», «jurisdicción» y «control». Aunque la expresión «jurisdicción o control de un Estado» es la fórmula más comúnmente usada en algunos instrumentos[502], la Comisión considera útil mencionar también el concepto de «territorio» para subrayar la importancia del vínculo territorial, cuando existe ese vínculo entre las actividades con arreglo a estos artículos y un Estado.

5) A los efectos de estos artículos, «territorio» se refiere a las zonas sobre las que un Estado ejerce su autoridad soberana. La Comisión se apoya en la práctica de los Estados en el pasado, con arreglo a la cual se ha hecho responsable a un Estado de actividades realizadas en su territorio que tenían efectos perjudiciales extraterritoriales. En el asunto *Île de Palmas*, Max Huber, el árbitro único, declaró que la «soberanía» no consiste sólo en ventajas. La pretensión de un Estado de tener la jurisdicción exclusiva sobre un determinado territorio o sobre determinados hechos, complementada con la demanda de que todos los demás Estados reconozcan esa jurisdicción exclusiva, tiene su corolario. Indica que el Estado soberano tendrá en cuenta los intereses razonables de todos los demás Estados con respecto a los hechos ocurridos dentro de su jurisdicción, reduciendo o previniendo los daños derivados de dichos hechos que puedan afectar a esos Estados, y admitirá su responsabilidad de no hacerlo así:

> En las relaciones entre los Estados soberanía quiere decir independencia. La independencia respecto de una parte del globo es el derecho a ejercer allí, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones de un Estado. El desarrollo de la organización nacional de los Estados en los últimos siglos y, como corolario, el desarrollo del derecho internacional han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio de tal manera que se convierte en el punto de partida para resolver la mayoría de las cuestiones que atañen a las relaciones internacionales[503].

6) El juez Huber subrayó después la obligación que acompaña al derecho soberano de un Estado:

> La soberanía territorial, como se ha dicho, entraña el derecho exclusivo a realizar las actividades estatales. Este derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger, dentro del territorio, los derechos de los demás Estados, en especial su derecho a la integridad y a la inviolabilidad tanto en la paz como en la guerra, juntamente con los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en un territorio extranjero. El Estado no puede cumplir con este deber a menos que manifieste su soberanía territorial de una manera que corresponda a las circunstancias. La soberanía territorial no puede limitarse a su aspecto negativo, es decir a excluir las actividades de otros Estados, porque también sirve para repartir entre las naciones el espacio en que se realizan las actividades humanas a fin de garantizarles en todo momento la protección mínima cuyo garante es el derecho internacional[504].

7) El asunto *Détroit de Corfou* es otro ejemplo en el mismo sentido. En este caso la Corte Internacional de Justicia hizo responsable a Albania, en virtud del derecho internacional, de las explosiones que se produjeron en sus aguas y de los daños materiales y humanos que causaron esas explosiones en buques británicos. La Corte, en ese caso, se apoyó en el derecho internacional frente a cualquier acuerdo especial que pudiera haber hecho responsable a Albania. La Corte dijo así:

> Las obligaciones que recaían sobre las autoridades albanesas consistían en notificar, en interés de la navegación en general, la existencia de un campo minado en aguas territoriales albanesas y en advertir a los buques de guerra británicos que se acercaban del peligro inminente al que las minas los exponían. Tales obligaciones se basan no en el Convenio VIII de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempos de guerra, sino en ciertos principios generales ampliamente reconocidos, a saber: consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempos de paz que en tiempo de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados[505].

8) Aunque la Corte no especificó cómo debía interpretarse «a sabiendas» cuando un Estado ha de ejercer su jurisdicción, sacó ciertas conclusiones del hecho del ejercicio exclusivo del control territorial por el Estado. La Corte declaró que sería imposible para la parte lesionada demostrar que el Estado tenía conocimiento de la actividad o del hecho que causaría daños a otros Estados debido al control exclusivo por el Estado territorial. La Corte dijo así:

> Por otra parte, este control territorial exclusivo ejercido por el Estado dentro de sus fronteras tiene su influencia en los métodos de prueba disponibles para determinar el conocimiento de ese Estado en cuanto a esos hechos. Por razón de este control exclusivo, el otro Estado, la víctima de una infracción del derecho internacional, a menudo no puede proporcionar la prueba directa de los hechos que dan origen a la responsabilidad. Debe permitirse que ese Estado recurra más ampliamente a las presunciones de hecho y a las pruebas circunstanciales. Esta prueba indirecta se admite en todos los sistemas jurídicos y su uso está sancionado por la jurisprudencia internacional. Debe atribuírsele peso especial cuando se basa en una serie de hechos vinculados entre sí y que conducen lógicamente a una misma conclusión[506].

9) En el caso *Fonderie de Trail*, el tribunal se refirió a la obligación que acompaña a la soberanía territorial. En ese caso, aunque el Tribunal aplicaba las obligaciones creadas por un tratado entre los Estados Unidos y el Dominio del Canadá y había examinado muchos de los asuntos de Estados Unidos, hizo una declaración general que consideró compatible con los principios del derecho internacional. El Tribunal sostuvo lo siguiente: «De acuerdo con los principios del derecho internacional y la legislación de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en for-

---

[501] La Comisión todavía no ha cambiado en el título en inglés del tema la palabra *acts* por *activities*. La utilización por la Comisión de la palabra «actividades» en los artículos se ha hecho atendiendo a las recomendaciones del Grupo de Trabajo creado por la Comisión en 1992 en el sentido de que la Comisión decidiera «mantener su hipótesis de trabajo de que el tema versaba sobre "actividades"» [*Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), párr. 348].

[502] Véanse por ejemplo el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo (nota 213 *supra*); el párrafo 2 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (nota 198 *supra*), documento de las Naciones Unidas A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), pág. 2]; y el artículo 3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica de 5 de junio de 1992, documento DPI/1307.

[503] RGDIP, París, vol. 42, 1935, pág. 163.

[504] *Ibid.*, págs. 164 y 165.

[505] *C.I.J. Recueil 1949* (véase nota 236 *supra*), pág. 22.

[506] *Ibid.*, pág. 18.

ma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes»[507]. El Tribunal citó al profesor Eagleton en el sentido de que «un Estado tiene en todo momento el deber de proteger a otros Estados contra actos lesivos de individuos dentro de su jurisdicción»[508] y señaló que las decisiones internacionales, desde el asunto *«Alabama»*[509], se basan en el mismo principio general.

10) En el laudo *Lac Lanoux*, el Tribunal mencionó el principio que prohíbe al Estado ribereño del curso superior alterar las aguas de un río si causa graves daños a otros Estados ribereños:

> Así, admitiendo que existe un principio que prohíbe al Estado ribereño del curso superior alterar las aguas de un río en unas condiciones que puedan causar graves daños al Estado ribereño del curso inferior, tal principio no es aplicable en el presente caso pues el Tribunal admitió... que el proyecto francés no alteraba las aguas del Carol[510].

11) Otras formas de práctica de los Estados han apoyado también el principio sostenido en las decisiones judiciales antes mencionadas. Por ejemplo, en 1892, en un incidente fronterizo entre Francia y Suiza, el Gobierno francés decidió poner fin a los ejercicios militares de prácticas de tiro en las cercanías de la frontera suiza mientras no se tomaran medidas para evitar daños transfronterizos accidentales[511]. Asimismo, a raíz de un intercambio de notas efectuado en 1961 entre los Estados Unidos de América y México acerca de dos empresas estadounidenses, Peyton Packing y Casuco, situadas en la frontera mexicana, cuyas actividades eran perjudiciales para México, las dos empresas adoptaron medidas importantes para garantizar que sus operaciones cesaran de crear molestias en las ciudades de la frontera mexicana. Estas medidas incluían la eliminación de algunas actividades, la modificación del horario de trabajo y el establecimiento de sistemas de desinfección[512]. En 1972 el Canadá invocó el principio enunciado en el caso *Fonderie de Trail* contra los Estados Unidos cuando un derrame de petróleo en Cherry Point (Washington) provocó la contaminación de las playas de la Columbia británica[513]. Hay algunos otros ejemplos de práctica de los Estados en el mismo sentido[514].

12) El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo[515] y el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[516] establecen principios similares a los enunciados en los casos *Fonderie de Trail* y *Détroit de Corfou*.

13) El uso del término «territorio» en el artículo 1 se deriva de las preocupaciones expresadas acerca de una posible incertidumbre que podría haber en el derecho internacional contemporáneo en cuanto a la medida en que un Estado puede ejercer jurisdicción extraterritorial con respecto a ciertas actividades. La Comisión estimó que a los fines de los presentes artículos la noción de jurisdicción territorial es el criterio dominante. En consecuencia, cuando una actividad se produce dentro del territorio de un Estado, ese Estado debe cumplir las obligaciones relativas a las medidas preventivas. El «territorio» se toma pues como prueba concluyente de jurisdicción. Por consiguiente, en casos de conflicto de jurisdicción sobre una actividad incluida en estos artículos, prevalece la jurisdicción de base territorial. Sin embargo, la Comisión tiene presente que hay situaciones en las que un Estado, con arreglo al derecho internacional, ha de ceder su jurisdicción dentro de su territorio a otro Estado. El ejemplo primordial de tal situación es el paso inocente de un buque extranjero por el mar territorial o las aguas territoriales. En tales situaciones, si la actividad que origina un daño transfronterizo sensible procede del buque extranjero, es el Estado del pabellón y no el Estado territorial el que debe cumplir las disposiciones de los presentes artículos.

14) La Comisión es consciente de que el concepto de «territorio» a efectos de estos artículos es limitado y por eso se utilizan también los conceptos de «jurisdicción» y «control».

15) La expresión «jurisdicción» de un Estado abarca, además de las actividades realizadas dentro del territorio de un Estado, las actividades sobre las cuales, en virtud

---

[507] Véase el párrafo 2 del comentario general *supra*.

[508] Naciones Unidas, *Recueil...* (véase nota 410 *supra*), pág. 1963; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York University Press, New York, 1928, pág. 80.

[509] Véase nota 229 *supra*.

[510] Arbitraje *Lac Lanoux* (Francia-España), Naciones Unidas, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. XII, pág. 281.

[511] P. Guggenheim, «La pratique suisse (1956)», *Annuaire suisse de droit international, 1957* (Zurich), vol. XIV, pág. 168.

[512] M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), vol. 6, págs. 258 y 259.

[513] Véase *Annuaire canadien de droit international* (Vancouver), 1973, vol. XI, págs. 333 y 334. El principio enunciado en el caso *Fonderie de Trail* fue aplicado también por el Tribunal de distrito de Rotterdam en los Países Bajos en el asunto contra las *Mines Domaniales de potasse d'Alsace* [véase J. G. Lammers, *op. cit.* (nota 184 *supra*), págs. 196 y ss., especialmente pág. 198].

[514] En Dukovany, en la antigua Checoslovaquia, dos reactores de diseño soviético de 440 megavatios de potencia eléctrica debían entrar en servicio en 1980. La proximidad de la frontera austríaca originó una petición del Ministerio de Relaciones Exteriores de Austria para sostener conversaciones con Checoslovaquia en relación con la seguridad de la instalación, en condiciones de igualdad para ambos países. Esto fue aceptado por el Gobierno checoslovaco [*Österreichische Zeitschrift für Aussenpolitik*, vol. 15, pág. 1, 1975, citado en G. Handl, «An international legal perspective on the conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas: The case of nuclear power plant siting», *Ecology Law Quarterly*, Berkeley (California), vol. 7, N.° 1, 1978, pág. 1]. En 1973 el Gobierno belga anunció su propósito de construir una refinería en Lanaye, cerca de su frontera con los Países Bajos. El Gobierno neerlandés expresó su preocupación porque el proyecto suponía una amenaza no sólo para el parque nacional próximo de los Países Bajos sino también para otros países vecinos. Declaró que era un principio establecido en Europa que antes de iniciar un Estado cualesquiera actividades que pudieran causar daños a los Estados vecinos debía negociar con esos Estados. El Gobierno neerlandés parece haberse referido a una norma de conducta regional existente o prevista. Expresó una preocupación similar el Parlamento belga, que preguntó al Gobierno cómo se proponía resolver el problema. El Gobierno declaró que el proyecto se había pospuesto y que la cuestión se estaba negociando con el Gobierno de los Países Bajos. El Gobierno belga aseguró además al Parlamento que respetaba los principios establecidos en los acuerdos del Benelux, en el sentido de que las partes debían informarse mutuamente de aquellas de sus actividades que pudieran tener consecuencias perjudiciales para los demás Estados miembros (Parlamento de Bélgica, período de sesiones ordinario 1972-1973, *Questions et réponses*, Boletín N.° 31).

[515] Véase nota 213 *supra*.

[516] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (véase nota 198 *supra*).

del derecho internacional, un Estado está autorizado a ejercer su competencia y autoridad. La Comisión no ignora que las cuestiones relacionadas con la determinación de la jurisdicción son complejas y a veces constituyen el núcleo de una controversia. En este artículo no se pretende ciertamente resolver todas las cuestiones de conflictos de jurisdicción.

16) Debido en ocasiones al lugar donde la actividad se realiza, no hay vínculo territorial entre un Estado y dichas actividades, como, por ejemplo, las que tienen lugar en el espacio ultraterrestre o en alta mar. El ejemplo más común es la jurisdicción del Estado del pabellón sobre un buque. Las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar contemplan una cantidad de poderes jurisdiccionales del Estado del pabellón.

17) Las actividades pueden realizarse también en lugares donde en virtud del derecho internacional hay más de un Estado autorizado a ejercer jurisdicciones particulares que no son incompatibles. Las esferas más comunes en que hay jurisdicciones funcionales mixtas son la navegación y el paso por el mar territorial, la zona contigua y las zonas económicas exclusivas. En tales circunstancias, el Estado que está autorizado a ejercer su jurisdicción sobre la actividad comprendida en este tema debe, por supuesto, cumplir las disposiciones de estos artículos.

18) En casos de jurisdicción concurrente de más de un Estado sobre las actividades comprendidas en estos artículos, los Estados, individualmente y, cuando proceda, conjuntamente, cumplirán las disposiciones de estos artículos.

19) La Comisión tomó nota de la función del concepto de «control» en derecho internacional, que es atribuir ciertas consecuencias jurídicas a un Estado cuya jurisdicción sobre determinadas actividades o hechos no es reconocida por el derecho internacional; abarca situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de jure*, como en casos de intervención, ocupación y anexión ilícita que no han sido reconocidos en el derecho internacional. La Comisión se ha fundado a este respecto en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental) no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*[517]. En ese asunto, la Corte, tras reputar a Sudáfrica responsable de haber creado y mantenido una situación que la Corte declaró ilegal y considerar que Sudáfrica estaba obligada a retirar su administración de Namibia, atribuyó no obstante ciertas consecuencias legales al control *de facto* de Sudáfrica sobre Namibia. La Corte sostuvo lo siguiente:

> El hecho de que Sudáfrica no tenga ya ningún título jurídico para administrar el territorio no la libera de las obligaciones y responsabilidades que el derecho internacional le impone para con otros Estados y que están relacionadas con el ejercicio de sus poderes en este territorio. Es el control material sobre un territorio y no la soberanía o la legitimidad del título lo que constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos que afecten a otros Estados[518].

[517] *Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, pág. 16.

[518] *Ibid.*, pág. 54, párr. 118.

20) El concepto de control puede utilizarse también en casos de intervención para atribuir ciertas obligaciones a un Estado que ejerce control pero no jurisdicción. La intervención en este caso se refiere a un control efectivo a corto plazo por un Estado sobre hechos o actividades sometidos a la jurisdicción de otro Estado. A juicio de la Comisión, en tales casos, si el Estado jurisdiccional demuestra que había sido privado efectivamente del ejercicio de su jurisdicción sobre las actividades comprendidas en estos artículos, el Estado que ejerce el control será considerado responsable de cumplir las obligaciones que imponen estos artículos.

21) El tercer criterio es que las actividades comprendidas en estos artículos deben entrañar un «riesgo de causar... un daño transfronterizo sensible». La expresión se define en el artículo 2 (véase el comentario al artículo 2). El elemento de riesgo tiene por objeto limitar el ámbito del tema, en la presente etapa de los trabajos, a las actividades de riesgo y en consecuencia excluir de ese ámbito las actividades que de hecho causan daños transfronterizos en su funcionamiento normal, como por ejemplo la contaminación progresiva. Las palabras «daño transfronterizo» tienen por objeto excluir las actividades que sólo causan daño en el territorio del Estado dentro del cual se realizan o aquellas actividades que causan daños en los llamados espacios públicos internacionales propiamente dichos pero sin causar daños a cualquier otro Estado.

22) El cuarto criterio es que el daño transfronterizo sensible ha de haber sido causado por las «consecuencias físicas» de esas actividades. La Comisión convino en que con el fin de dar a este tema un alcance manejable debía excluirse el daño transfronterizo que pueden causar las políticas de los Estados en la esfera monetaria, socioeconómica o en esferas similares. La Comisión estima que la manera más eficaz de limitar el ámbito de aplicación de estos artículos es exigir que estas actividades tengan consecuencias físicas transfronterizas que a su vez provoquen un daño sensible.

23) El vínculo físico debe conectar la actividad con sus efectos transfronterizos. Esto implica una conexión de un tipo muy concreto, una consecuencia que surja o pueda surgir de la naturaleza misma de la actividad o situación de que se trate en respuesta a una ley natural. Ello implica que las actividades comprendidas en estos artículos deben tener una cualidad física y que las consecuencias deben derivarse de esa cualidad, no de una decisión política. Así, el almacenamiento de armas no entraña la consecuencia de que las armas almacenadas se dediquen a un uso beligerante. Sin embargo, este almacenamiento puede caracterizarse como actividad que, debido a las propiedades explosivas o incendiarias de los materiales almacenados, entrañe un riesgo inherente de accidente desastroso.

Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

***a*) Se entiende por «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible;**

b) Se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes;

c) Se entiende por «Estado de origen» el Estado en cuyo territorio, o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control, se realicen las actividades a que se refiere el artículo 1.

Comentario

1) El *párrafo* a define el concepto de «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» como el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas posibilidades de causar otro daño sensible. La Comisión estimó que, en lugar de definir por separado los conceptos de «riesgo» y «daño», resultaba más conveniente definir la expresión «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible», por la mutua relación existente entre «riesgo» y «daño» y por la relación entre esos dos términos y el adjetivo «sensible».

2) A los efectos de los presentes artículos el «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» se refiere al efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y a la magnitud de los efectos perjudiciales. Por consiguiente, es ese efecto combinado de «riesgo» y «daño» el que determina el límite. A este respecto, la Comisión se inspiró en el Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de Aguas Interiores Transfronterizas[519], aprobado por la Comisión Económica para Europa en 1990. De conformidad con el párrafo *f* de la Sección I del Código de Conducta, «se entiende por riesgo el efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un acontecimiento indeseable y de su magnitud». La Comisión opinó que una definición basada en el efecto combinado de «riesgo» y «daño» es más conveniente para estos artículos, y que el efecto combinado debe alcanzar un nivel que se considere sensible. La opinión prevaleciente en la Comisión es que las obligaciones de prevención impuestas a los Estados no sólo deben ser razonables sino estar también suficientemente limitadas a fin de no imponer tales obligaciones con respecto a cualquier actividad dado que las que se examinan no están prohibidas por el derecho internacional. La finalidad es encontrar un equilibrio entre los intereses de los Estados concernidos.

3) La definición del párrafo anterior tiene en cuenta una serie de relaciones comprendidas entre el «riesgo» y el «daño» que alcanzarían todas el nivel de «sensibles». La definición determina los dos polos entre los que quedarán comprendidas las actividades previstas en esos artículos. Un polo es el de las pocas probabilidades de causar un daño catastrófico. Ésta es normalmente la característica de las actividades sumamente peligrosas. El otro polo es el de las muchas posibilidades de causar otros daños sensibles. Comprende las actividades que tienen muchas probabilidades de causar un daño que, aunque no sea catastrófico, no por ello deja de ser sensible. Sin embargo, excluiría las actividades en que hubiera muy pocas probabilidades de causar daños transfronterizos sensibles. La palabra «implica» de la línea segunda tiene por objeto subrayar la intención de que la definición ofrece una gama dentro de la cual quedarán comprendidas las actividades previstas en los artículos.

4) Por lo que se refiere al significado de la palabra «sensible», la Comisión tiene conciencia de que no carece de ambigüedades y de que habrá que precisarla en cada caso concreto, lo que exigirá más consideraciones de hecho que decisiones jurídicas. Hay que entender que «sensible» es algo más que «detectable» pero sin que llegue a alcanzar el nivel de «grave» o «sustancial». El daño debe producir un efecto realmente perjudicial en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos.

5) La unidad ecológica del planeta no coincide con sus fronteras políticas. Las actividades legítimas que realizan los Estados dentro de sus propios territorios tienen repercusiones en los demás Estados. Esos efectos mutuos, mientras no alcancen el nivel de «sensibles», se consideran tolerables. Teniendo en cuenta que las obligaciones impuestas a los Estados por esos artículos tratan de actividades no prohibidas por el derecho internacional, el límite de la intolerancia del daño no puede situarse por debajo de lo «sensible».

6) El concepto de límite se refleja en el laudo sobre el caso *Fonderie de Trail*, que habla de *serious consequences* (consecuencias graves)[520], así como en el Tribunal del asunto *Lac Lanoux*, que emplea el término *seriously* (gravemente)[521]. Algunas convenciones han utilizado también para fijar un límite las palabras sensible *(significant)*, grave *(serious)* o sustancial *(substantial)*[522]. El término en inglés *significant* (sensible en español) se ha utilizado asimismo en otros instrumentos jurídicos y leyes nacionales[523].

---

[519] Documento E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16 (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.90.II.E.28).

[520] Véase nota 410 *supra*.

[521] Véase nota 191 *supra*.

[522] Véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos; los párrafos 1 y 2 del artículo 2 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo; y el párrafo *b* de la sección I del Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas (nota 519 *supra*).

[523] Véanse, por ejemplo, los párrafos 1 y 2 de la Resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, relativa a la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente; el párrafo 6 de la recomendación C(74)224 de la OCDE (nota 296 *supra*); el artículo X de las Normas de Helsinki (nota 184 *supra*); y el artículo 5 del proyecto de Convención sobre el uso industrial y agrícola de los ríos y lagos internacionales, preparado por el Comité Jurídico Interamericano en 1965 [OEA, *Ríos y Lagos...* (nota 212 *supra*), págs. 132 y 133].

Véanse también el Memorando declarativo de intenciones entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la contaminación atmosférica transfronteriza, de 5 de agosto de 1980 [*United States Treaties and Other International Agreements, Treaties and Other International Acts Series* (United States Government Printing Office, Washington, D.C., 1981), N.° 9856]; y el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en la Zona Fronteriza, firmado el 14 de agosto de 1983 entre México y los Estados Unidos de América (*International Legal Materials*, vol. XXII, N.° 5, septiembre 1983, pág. 1025).

Los Estados Unidos han utilizado asimismo la palabra *significant* en su derecho nacional sobre cuestiones ambientales. Véase *Restate-*

7) La Comisión opinó también que la palabra «sensible», aunque determinada por criterios reales y objetivos, implica igualmente un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formule ese juicio. Por ejemplo, en un momento dado, la privación de un recurso determinado puede no considerarse «sensible» porque, en ese momento, los conocimientos científicos o la valoración humana no atribuyen a ese recurso mucha utilidad. Pero más tarde esa valoración podría cambiar y la pérdida de ese mismo recurso considerarse un daño «sensible».

8) El *párrafo* b define el «daño transfronterizo» como el daño causado en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes. Esa definición incluye, además del caso típico de una actividad realizada dentro de un Estado que produce efectos perjudiciales en otro, las actividades realizadas bajo la jurisdicción o el control de un Estado, por ejemplo en alta mar, que producen efectos en el territorio de otro Estado o en lugares bajo su jurisdicción o control, como puede ser el caso de efectos perjudiciales en buques o plataformas de otros Estados que se encuentren igualmente en alta mar. La definición incluye asimismo las actividades realizadas en el territorio de un Estado que tengan consecuencias perjudiciales, por ejemplo, en los buques o plataformas de otro Estado en alta mar. La Comisión no puede prever todas las formas futuras posibles de «daño transfronterizo». No obstante, quiere dejar bien sentado que su intención es que se pueda trazar una línea y distinguir claramente entre el Estado al que sea atribuible la actividad comprendida en esos artículos y el Estado que sufra los efectos perjudiciales. Las líneas de separación son las fronteras territoriales, las fronteras jurisdiccionales y las fronteras de control. Por consiguiente, el término «transfronterizo» de la expresión «daño transfronterizo» debe entenderse en el contexto de la frase «en el territorio de un Estado o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control» que se utiliza en el artículo 1.

9) En el *párrafo* c se introduce la expresión «Estado de origen» para referirse al Estado en cuyo territorio, o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control, se realicen las actividades a que se refiere el artículo 1. (Véanse los párrafos 4 a 20 del comentario al artículo 1.)

[Capítulo II.—Prevención][524]

Artículo 11[525]*.—Autorización previa*

Los Estados velarán por que las actividades a que se refiere el artículo 1 no se realicen en su territorio, o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control, sin su autorización previa. Dicha autorización también será necesaria en el caso de que se proyecte efectuar un cambio importante que pueda transformar la actividad de que se trate en una de las actividades a que se refiere el artículo 1.

Comentario

1) Este artículo impone a los Estados la obligación de velar por que las actividades que creen el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible no se realicen en su territorio, o en lugares que de alguna otra manera se hallen bajo su jurisdicción o control, sin su autorización previa. La palabra «autorización» significa la concesión por las autoridades gubernamentales del permiso necesario para realizar una de las actividades a que se refieren esos artículos. Los Estados son libres de escoger la forma que ha de adoptar esa autorización.

2) La Comisión opina que el requisito de autorización obliga a un Estado a determinar si una actividad con posible riesgo de causar un daño transfronterizo sensible se está realizando en su territorio, o en un lugar que de alguna otra manera se halla bajo su jurisdicción o control, y que ese Estado debe tomar las medidas que se indican en estos artículos. Este artículo obliga a los Estados a desempeñar un papel más responsable y activo en la reglamentación de las actividades que se realizan en su territorio o en lugares bajo su jurisdicción o control con riesgo de daño transfronterizo sensible. La Comisión toma nota, a este respecto, de que el tribunal que entendió en el caso *Fonderie de Trail* sostuvo que el Canadá tenía «la obligación [...] de velar por que esa conducta [la de la Fundición de Trail] se ajustara a la obligación que, como aquí se determina, tenía el Dominio con arreglo al derecho internacional como se ha interpretado en el caso». El tribunal mantuvo, en particular, que «debe exigirse de la Fundición Trail que se abstenga de causar daño alguno con sus humos en el Estado de Washington»[526]. En opinión de la Comisión, el artículo 11 refleja esa exigencia.

3) La Corte Internacional de Justicia en el asunto *Détroit de Corfou* sostuvo que todo Estado tiene la obligación de «no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados»[527]. A juicio de la Comisión, el requisito de autorización previa crea la presunción de que las actividades a que se refieren estos artículos se realizan en el territorio, o en lugares que de alguna otra manera estén bajo la jurisdicción o el control de un Estado, con el conocimiento del mismo.

4) Las palabras «en su territorio, o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control,» han sido tomadas del artículo 1. Las palabras «actividades a que se refiere el artículo 1» enuncian todos los requisitos de ese artículo para que una actividad quede incluida en el ámbito del proyecto de artículos.

5) La segunda frase del artículo 11 se refiere a aquellas situaciones en que se proyecta un cambio importante en la realización de una actividad que, sin ese cambio, es inocua pero que el cambio proyectado transformaría en

ment of the Law, Third (nota 232 *supra*), art 601, Reporter's Note 3, págs 111 y 112

[524] El título del capítulo es provisional

[525] La numeración actual es provisional y corresponde a la que propone el Relator Especial en sus informes

[526] Naciones Unidas, *Recueil* (véase nota 410 *supra*), pág 1966

[527] Véase nota 236 *supra*

una de las actividades que crean un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Para efectuar ese cambio se requeriría también la autorización del Estado. Es evidente que se requerirá asimismo esa autorización para cualquier cambio importante que se proyecte en una de las actividades a que se refiere el artículo 1, siempre que ese cambio pueda agravar el riesgo o modificar la naturaleza o el alcance del mismo.

Artículo 12.—Determinación del riesgo

Los Estados velarán, antes de adoptar la decisión de autorizar una de las actividades a que se refiere el artículo 1, por que se proceda a determinar el riesgo de que la actividad cause un daño transfronterizo sensible. Esa determinación comprenderá una evaluación de los posibles efectos de esa actividad sobre las personas o los bienes y sobre el medio ambiente de otros Estados.

Comentario

1) En virtud del artículo 12, todo Estado, antes de conceder la autorización necesaria a los responsables de la realización de una de las actividades a que se refiere el artículo 1, debería velar por que se proceda a determinar el riesgo de que esa actividad pueda causar un daño transfronterizo sensible. Esa determinación permite al Estado estimar la amplitud y la naturaleza del riesgo que pueda crear esa actividad y, por consiguiente, el tipo de medidas preventivas que debería adoptar. La Comisión opinó que, en la medida en que estos artículos son de carácter general y están destinados a aplicarse a una diversidad de situaciones particulares, no pueden ser demasiado detallados. Deben contener únicamente aquellos elementos que sean necesarios para su mayor claridad.

2) La evaluación de las consecuencias en el caso *Fonderie de Trail* quizá no guarde relación directa con la responsabilidad del riesgo, pero recalca la importancia de evaluar las consecuencias de una actividad que entrañe riesgos sensibles. En dicho caso el tribunal indicó que el estudio realizado por conocidos científicos de reconocida reputación era «probablemente el más concienzudo de los hasta el momento efectuados en cualquier sector sometido a la contaminación atmosférica causada por humos industriales»[528].

3) La obligación enunciada en el artículo 12 está en plena consonancia con el Principio 17 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que prevé también la realización de una evaluación del impacto ambiental de las actividades que probablemente hayan de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente:

> Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente[529]

La obligación de evaluar los efectos negativos de una actividad se ha incluido de distintas formas en muchas convenciones internacionales[530]. El ejemplo más notable es el de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, que está íntegramente consagrada al procedimiento de realización de la evaluación ambiental y al contenido de la misma.

4) La cuestión de quién debe llevar a cabo la determinación del riesgo se deja a la decisión de los Estados. Estas cuestiones tendrían que ser resueltas por los propios Estados sobre la base de su legislación interna o de los instrumentos internacionales aplicables. No obstante, se supone que el Estado designará una autoridad, gubernamental o no gubernamental, para que examine la evaluación en nombre del gobierno y asumirá las responsabilidades que se deriven de las conclusiones a que llegue esa autoridad.

5) El artículo no especifica cuál debería ser el contenido de la determinación del riesgo. Es evidente que la determinación del riesgo de una actividad no puede llevarse eficazmente a cabo si no se relaciona el riesgo con el daño que puede resultar. La mayor parte de las convenciones y otros instrumentos jurídicos internacionales vigentes tampoco especifican el contenido de dicha determinación. Hay excepciones, como la Convención sobre evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, que prevé detalladamente el contenido de esa evaluación[531]. En su Resolución 37/217 sobre la cooperación internacional en materia de medio

---

[528] Naciones Unidas, *Recueil* (véase nota 410 *supra*), pág 1973.

[529] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (véase nota 198 *supra*)

[530] Véanse, por ejemplo, los artículos 205 y 206 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos; el artículo 8 del Protocolo al Tratado Antártico sobre la Protección del Medio Ambiente; los apartados *a* y *b* del párrafo 1 del artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica; el artículo 14 del Acuerdo de la ASEAN sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales; el Convenio sobre la protección de los recursos naturales y el medio ambiente en la región del Pacífico Sur, el artículo XI del Convenio regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación; y el Convenio Regional para la conservación del medio ambiente del Mar Rojo y el Golfo de Adén. En algunos tratados, el requisito de evaluación de las consecuencias se encuentra implícito. Tal es, por ejemplo, el caso de los dos tratados multilaterales relativos a sistemas de comunicaciones, que exigen que sus signatarios utilicen sus instalaciones de modo que no ocasionen interferencias en las instalaciones de otros Estados Partes El párrafo 2 del artículo 10 de la Convención Radiotelegráfica Internacional de 1927 exige que las Partes en la Convención establezcan y exploten sus estaciones de manera que no perturben las comunicaciones radioeléctricas de otros Estados contratantes o de personas autorizadas por los mismos También la Convención Internacional relativa al empleo de la radiodifusión en interés de la paz, de 1936, dispone que las partes contratantes se comprometen a prohibir las emisiones destinadas a incitar a la población de cualquier territorio a cometer actos contrarios al orden interno o a la seguridad de un Estado parte

[531] El artículo 4 de la Convención prevé que la evaluación de las consecuencias sobre el medio ambiente de un Estado Parte debe contener, por lo menos, las informaciones enumeradas en el anexo II de la Convención Dicho anexo enumera los nueve apartados siguientes

> *«Contenido de la documentación de evaluación de las consecuencias sobre el medio ambiente*
>
> »Informaciones mínimas que deben figurar en la documentación de evaluación de las consecuencias sobre el medio ambiente, en virtud del artículo 4.
>
> »*a*) Descripción de la actividad propuesta y de su objeto;

ambiente, la Asamblea General tomó nota en particular de la conclusión N.° 8 del estudio sobre los aspectos jurídicos vinculados al medio ambiente relativos a la minería y a las perforaciones que se llevan a cabo frente a las costas dentro de los límites de la jurisdicción nacional, presentado por el Grupo de Expertos sobre Derecho Ambiental, que prevé igualmente de manera detallada el contenido de la evaluación sobre la explotación minera y la perforación en el mar[532].

6) En la Comisión prevalece la opinión de que es conveniente dejar al derecho interno del Estado que efectúa la evaluación determinar el contenido de la misma. Esa evaluación debería contener por lo menos una estimación de las posibles consecuencias negativas de la actividad de que se trate para las personas o los bienes así como para el medio ambiente de otros Estados. Ese requisito, que figura en la segunda frase del artículo 12, aclara la referencia a la evaluación del «riesgo de que... cause un daño transfronterizo sensible» que se hace en la primera frase. La Comisión cree que la aclaración adicional es necesaria por la simple razón de que el Estado de origen tendrá que transmitir la evaluación del riesgo a los Estados que puedan estar sufriendo daños como resultado de la actividad. Para que esos Estados puedan evaluar el riesgo a que están expuestos tienen que saber qué posibles efectos perjudiciales puede tener la actividad para ellos así como las probabilidades de que ese daño se produzca.

7) La evaluación incluirá los efectos de la actividad no sólo sobre las personas y los bienes sino también sobre el medio ambiente de otros Estados. La Comisión está convencida de la necesidad y la importancia de la protección del medio ambiente, independientemente de cualquier daño que puedan sufrir los seres humanos o los bienes.

8) Este artículo no obliga a los Estados a exigir una evaluación del riesgo de cualquier actividad que se realice en su territorio o en lugares que de alguna otra manera estén bajo su jurisdicción o control. Las actividades que implican un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible tienen características generales que pueden identificarse y proporcionar a los Estados indicaciones sobre cuáles de ellas son las que pueden entrar en el ámbito de aplicación de estos artículos. Así, por ejemplo, el tipo de fuente de energía utilizada en una actividad industrial, las sustancias manipuladas en la producción, la ubicación de la actividad y su proximidad a la zona fronteriza, etc., son todos indicios de la posibilidad de que esa actividad esté comprendida en el ámbito de estos artículos. Existen ciertas sustancias que algunas convenciones enumeran como peligrosas o arriesgadas y cuyo uso en cualquier actividad puede por sí solo indicar el riesgo de que esa actividad cause un daño transfronterizo sensible[533]. Hay también convenios que enumeran las actividades que se suponen perjudiciales y que podrían indicar que deben ser consideradas como incluidas dentro del ámbito de estos artículos[534].

»*b*) Descripción, si procede, de las soluciones de sustitución (por ejemplo en lo que se refiere al lugar de implantación o a la tecnología) que pueden razonablemente tomarse en consideración, sin omitir la opción "cero",

»*c*) Descripción del medio ambiente sobre el que la actividad propuesta y las soluciones de sustitución pueden tener un efecto importante,

»*d*) Descripción de las consecuencias que la actividad propuesta y las soluciones de sustitución pueden tener sobre el medio ambiente y evaluación de su importancia,

»*e*) Descripción de las medidas correctivas destinadas a reducir en la medida de lo posible las consecuencias perjudiciales sobre el medio ambiente,

»*f*) Indicación precisa de las hipótesis de base y de los métodos de previsión adoptados y de los datos ambientales pertinentes utilizados,

»*g*) Inventario de las lagunas en los conocimientos y de las incertidumbres comprobadas en la recopilación de los datos necesarios,

»*h*) Cuando proceda, resumen de los programas de vigilancia y de gestión y de los planes que puedan existir para análisis ulteriores,

»*i*) Resumen no técnico acompañado, si fuere necesario, de una presentación visual (mapas, gráficos, etc.) »

[532] Véase documento UNEP/GC 9/5/Add 5, anexo III

Artículo 13.—Actividades no autorizadas

Si un Estado, habiendo asumido las obligaciones contenidas en estos artículos, comprueba que en su territorio o en lugares que de alguna otra manera están bajo su jurisdicción o control se está desarrollando alguna actividad que entraña el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles sin la autorización requerida por el artículo 11, ordenará a los responsables de tal actividad que obtengan la autorización necesaria. Hasta que se conceda la autorización, el Estado podrá permitir, a su propio riesgo, que continúe la actividad de que se trate.

Comentario

1) El artículo 13 ha de aplicarse con respecto a actividades comprendidas en el ámbito del artículo 1 que estaban siendo realizadas en un Estado antes de que ese Estado asumiera las obligaciones contenidas en estos artículos. Las palabras «habiendo asumido las obligaciones contenidas en estos artículos» han de entenderse sin perjuicio de la forma definitiva de estos artículos.

[533] Por ejemplo, el Convenio sobre la prevención de la contaminación marina desde fuentes terrestres establece en su artículo 4 la obligación de las partes de eliminar o reducir la contaminación ambiental causada por ciertas sustancias y contiene en el anexo la lista de éstas. Análogamente, el Convenio para la protección del medio marino de la zona del mar Báltico incluye una lista de sustancias peligrosas en el anexo I y de sustancias y materiales nocivos en el anexo II, haciendo constar que los depósitos de esas sustancias están prohibidos o estrictamente limitados. Véanse también el Protocolo del Convenio de 1976 para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre y la Convención relativa a la protección del Rin contra la contaminación química.

[534] Véanse, por ejemplo, el anexo I de la Convención sobre evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, en el que se enumeran como posiblemente peligrosas para el medio ambiente actividades tales como las refinerías de petróleo, las centrales térmicas, las instalaciones para la producción de combustibles nucleares enriquecidos y sometidas en consecuencia al requisito de evaluación del impacto ambiental en virtud de la Convención; y el anexo II de la Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, instrumento que enumera entre tales actividades el establecimiento de instalaciones o lugares para la eliminación parcial o total de desechos sólidos o líquidos mediante su incineración en tierra o en el mar, instalaciones o lugares para la degradación térmica de desechos sólidos, gaseosos o líquidos mediante la reducción de oxígeno, etc. Esta Convención contiene también una lista de sustancias peligrosas en su anexo I.

2) De conformidad con este artículo, si el Estado «comprueba» que tal actividad se está realizando en su territorio o en lugares que de alguna otra manera están bajo su jurisdicción o control, cuando asuma las obligaciones contenidas en estos artículos deberá «ordenar» a los responsables de la realización de la actividad que obtengan la autorización necesaria. La expresión «autorización requerida» significa los permisos que se exijan en virtud del derecho interno del Estado para cumplir las obligaciones que le imponen estos artículos.

3) La Comisión es consciente de que podría ser irrazonable exigir a los Estados Partes que cuando asuman las obligaciones contenidas en estos artículos las apliquen inmediatamente respecto de las actividades existentes. Una exigencia inmediata de cumplimiento podría poner a un Estado en situación de inobservancia de los artículos en el mismo momento en que asume las obligaciones. Además, un Estado Parte, en el momento en que asume sus obligaciones contenidas en estos artículos, podría no saber que existen todas esas actividades en su territorio o en lugares bajo su jurisdicción o control. Por esta razón, el artículo dispone que cuando un Estado «comprueba» la existencia de tal actividad debe cumplir las obligaciones. La palabra «comprueba» en este artículo no debe interpretarse, no obstante, en el sentido de que justifica que los Estados simplemente esperen hasta que otros Estados o entidades privadas pongan en su conocimiento esa información. La palabra «comprueba» debe entenderse en el contexto de la obligación de diligencia debida, que requiere esfuerzos razonables y de buena fe por parte de los Estados para identificar esas actividades.

4) Para que el encargado de la actividad cumpla con los requisitos de autorización puede ser necesario un cierto tiempo. La Comisión opina que debe ser el Estado de origen el que elija entre interrumpir la actividad en espera de la autorización o continuarla mientras el que la realiza pasa por el proceso de obtener la autorización. Si el Estado decide permitir que la actividad continúe lo hace a su propio riesgo. La Comisión opina que, de no haber en el artículo términos que indiquen posibles repercusiones, el Estado de origen no tendrá incentivos para cumplir los requisitos de estos artículos y hacerlo rápidamente. Al mismo tiempo, habida cuenta del hecho de que la Comisión todavía no ha tomado una decisión sobre la forma y el contenido de un régimen de responsabilidad *(liability)* para este tema, la cuestión no puede prejuzgarse en esta fase. Por consiguiente, la expresión «a su propio riesgo» tiene por objeto: *a*) dejar enteramente abierta la cuestión sobre las consecuencias que los futuros artículos sobre este tema podrían imponer al Estado de origen en tales circunstancias y *b*) dejar abierta la posibilidad de aplicación de cualquier norma de derecho internacional sobre responsabilidad *(responsibility)* en tales circunstancias.

5) Algunos miembros de la Comisión se pronunciaron por la supresión de las palabras «a su propio riesgo». En su opinión, esas palabras implicaban que el Estado de origen podía ser tenido por responsable de cualesquiera daños causados por tales actividades antes de que se concediera la autorización, lo que prejuzgaría sobre la cuestión de la responsabilidad *(liability)*, que la Comisión ni siquiera había examinado. La reserva de estos miembros se extendía también al uso de palabras parecidas en el párrafo 3 del artículo 18. En cambio, otros miembros de la Comisión apoyaron el mantenimiento de esas palabras, pues consideraban que no implicaban que el Estado de origen fuera responsable de cualquier daño causado; tan sólo mantenían abierta la opción de esa posible responsabilidad. También estimaban que la supresión de esas palabras alteraría el equilibrio que el artículo mantenía entre los intereses del Estado de origen y los intereses de los Estados que pudieran resultar afectados.

6) Un miembro de la Comisión opinó que la última frase del artículo 13 [que decía: «Hasta que se conceda la autorización, el Estado podrá permitir, a su propio riesgo, que continúe la actividad de que se trate».] debía suprimirse; si así se hiciera, no serían necesarias las palabras «habiendo asumido las obligaciones contenidas en estos artículos» en la primera y segunda línea del artículo 13. Esas palabras se referían a la difícil cuestión de la responsabilidad, que la Comisión no había examinado todavía, y además parecían prejuzgar acerca de si los principios que se estaban formulando debían o no debían revestir la forma de un tratado. La Comisión había aceptado ya que el tratado o cualquier otra forma que se diera a los principios se examinaría ulteriormente.

7) En caso de que el Estado de origen deniegue la autorización se supone que ese Estado pondrá fin a la actividad. Si el Estado de origen no lo hiciera se supondría que la actividad está siendo realizada con su conocimiento y consentimiento y la Comisión debería ocuparse de las consecuencias de tal situación (véase el párrafo 4 *supra*).

Artículo 14.—Medidas para prevenir o aminorar el riesgo[535]

Los Estados tomarán disposiciones legislativas, administrativas o de otra índole a fin de velar por que se adopten las medidas apropiadas para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo que pueda resultar de las actividades a que se refiere el artículo 1.

Comentario

1) Lo que define la obligación de los Estados de tomar medidas preventivas es la diligencia debida. El artículo 14 es el núcleo de la obligación de diligencia debida que requiere que los Estados tomen determinadas medidas unilaterales para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo sensible. La obligación que impone este artículo no es una obligación de resultado: es la conducta de un Estado la que determinará si el Estado ha cumplido su obligación con arreglo a este artículo.

2) La obligación de observar la diligencia debida también se puede deducir de algunas convenciones interna-

[535] La expresión «prevenir o aminorar el riesgo» de daño transfronterizo utilizada en este y en otros artículos se reconsiderará a la luz de la decisión que adopte la Comisión sobre si el concepto de prevención incluye, además de las medidas orientadas a prevenir o aminorar el riesgo de que se produzca un accidente, las tomadas después de producirse el accidente para prevenir o aminorar el daño causado.

cionales[536] así como de las resoluciones e informes de conferencias y organizaciones internacionales como base normalizada para proteger el medio ambiente contra todo daño[537]. La obligación de diligencia debida fue examinada recientemente en una controversia entre Alemania y Suiza relativa a la contaminación del Rin por Sandoz; el Gobierno suizo reconoció su responsabilidad por falta de diligencia debida para prevenir el accidente mediante la reglamentación adecuada de sus industrias farmacéuticas[538].

3) En el asunto *«Alabama»* el tribunal examinó dos definiciones diferentes de diligencia debida presentadas por las partes, los Estados Unidos de América y el Reino Unido. Los Estados Unidos de América definieron la diligencia debida como:

> Una diligencia proporcional a la magnitud del tema y a la dignidad y fuerza de la Potencia que ha de ejercerla; una diligencia que mediante el uso de la vigilancia activa y de todos los demás medios en poder del neutral, a través de todas las etapas de la transacción, impedirá que su suelo sea violado; una diligencia que de igual manera disuadirá a los hombres de cometer actos de guerra en el suelo del neutral contra su voluntad...[539].

El Reino Unido definió la diligencia debida como «el cuidado que los gobiernos ordinariamente aplican en sus asuntos internos»[540]. Parece que al Tribunal le persuadió la definición más amplia de la norma de diligencia debida presentada por los Estados Unidos y expresó su preocupación acerca de la «norma nacional» de diligencia debida presentada por el Reino Unido. El Tribunal declaró que «la posición inglesa parecía también reducir los deberes internacionales de un gobierno al ejercicio de las facultades restrictivas que le confería el derecho interno y pasar por alto la obligación del neutral de modificar sus leyes cuando eran insuficientes para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales»[541].

4) El alcance y el grado de la obligación de diligencia debida fueron desarrollados también por Lord Atkin en el caso *Donoghue* c. *Stevenson* en los siguientes términos:

> La norma de que hay que amar al prójimo se convierte en derecho en el deber de no dañar al vecino; y la pregunta del jurista: «¿Quién es mi vecino?» recibe una respuesta restringida. Hay que tener un cuidado razonable en evitar actos u omisiones de los que se pueda razonablemente prever que pueden perjudicar al vecino. ¿Quién es pues, en derecho, mi vecino? La respuesta parece ser: personas afectadas tan de cerca y tan directamente por mis actos que razonablemente debo tenerlas en consideración como personas así afectadas cuando pienso en los actos y omisiones cuestionados[542].

5) En el contexto del artículo 14, la diligencia debida se manifiesta en los esfuerzos razonables por parte de un Estado para informarse de los componentes de hecho o de derecho que se relacionan previsiblemente con una conducta prevista y tomar oportunamente las medidas apropiadas para hacerles frente. Así pues, de conformidad con el artículo 14, los Estados están obligados a tomar medidas unilaterales para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo que puede resultar de las actividades a que se refiere el artículo 1. Esas medidas incluyen, primero, formular políticas destinadas a prevenir o aminorar el daño transfronterizo y, segundo, aplicar esas políticas. Esas políticas se expresan en la legislación y en las instrucciones administrativas y se aplican mediante diversos mecanismos. La palabra «velar» en la frase «velar por que se adopten las medidas apropiadas» tiene por objeto exigir un nivel especialmente alto en el comportamiento de los Estados, es decir rigor en la formulación y aplicación de políticas encaminadas a aminorar el daño transfronterizo.

6) La Comisión estima que la norma de diligencia debida con relación a la cual debe examinarse la conducta de un Estado es la que generalmente se considera apropiada y proporcional al grado de riesgo de daño transfronterizo en el caso de que se trate. Por ejemplo, actividades que pueden considerarse sumamente peligrosas requieren un cuidado mucho mayor al formular políticas y una gran energía por parte del Estado para aplicarlas. Cuestiones como la magnitud de las operaciones, su emplazamiento, las condiciones climáticas especiales, los materiales utilizados en la actividad y la cuestión de saber si las conclusiones extraídas de la aplicación de estos factores en un caso concreto son razonables, figuran entre los elementos que hay que considerar para determinar en cada caso en qué consiste la diligencia debida. La Comisión también cree que lo que se consideraría como un grado razonable de cuidado o de diligencia debida puede cambiar con el tiempo; lo que puede considerarse como procedimiento, norma o regla apropiados y razonables en un momento dado quizás no se considere como tal en una fecha futura. Por consiguiente, la diligencia debida requiere que un Estado se mantenga al día en los cambios tecnológicos y la evolución científica y determine no sólo que el equipo para una determinada actividad está funcionando correctamente sino también que satisface las normas y especificaciones vigentes.

7) La Comisión tomó nota del Principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que dice así:

> Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que

[536] Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; los artículos I y II y el párrafo 2 del artículo VII del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias; el artículo 2 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono; el párrafo 5 del artículo 7 de la Convención para Regular las Actividades Relacionadas con los Recursos Minerales Antárticos; el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo; y el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales.

[537] Véanse el Principio 21 de la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, anexo); y el Principio VI del Proyecto de principios relativo a la modificación de las condiciones atmosféricas, preparado por la OMM y por el PNUMA [M. L. Nash, *Digest of United States Practice in International Law*, United States Government Printing Office, Washington (D.C.), 1978, pág. 1205].

[538] Véase *The New York Times* de 11, 12 y 13 de noviembre de 1986, págs. A 1, A 8 y A 3, respectivamente. Véase también Alexander Kiss, *«Tchernobale* ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques», en *Annuaire français de droit international*, París, vol. 33, 1987, págs. 719 a 727.

[539] Asunto *«Alabama»* (véase nota 229 *supra*), págs. 814 y 815.

[540] *Ibid.*, pág. 803.

[541] *Ibid.*

[542] Reino Unido, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council* (Londres, 1932), pág. 580.

se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo[543].

Se encuentra una terminología parecida en el Principio 23 de la Declaración de Estocolmo. No obstante, en ese principio se especifica que esas normas internas han de entenderse «sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional»[544]. A juicio de la Comisión, el nivel económico de los Estados es uno de los factores que se tienen en cuenta para determinar si un Estado ha ejercido el grado apropiado de diligencia debida. Pero el nivel económico de un Estado no puede utilizarse para exonerar a un Estado de su obligación en virtud de este artículo.

8) Las palabras «disposiciones [...] administrativas o de otra índole» abarcan diversas formas de medidas de aplicación. Estas medidas pueden tomarlas organismos de regulación que vigilen las actividades y tribunales administrativos que impongan sanciones a los encargados de las actividades que no cumplan las normas o cualquier otro procedimiento de aplicación pertinente que un Estado haya establecido.

9) El Estado tiene la obligación, en primer lugar, de tratar de formular políticas y tomar medidas legislativas u otras medidas con la finalidad de prevenir el daño transfronterizo sensible. Si ello no es posible, la obligación consiste entonces en aminorar ese daño. A juicio de la Comisión, la palabra «aminorar» debe entenderse en este contexto en el sentido de reducir la posibilidad de daño al punto más bajo.

10) La expresión «prevenir» en este artículo, en espera de una ulterior decisión de la Comisión, tiene por objeto abarcar únicamente las medidas tomadas antes de que se produzca un accidente con el fin de prevenir o aminorar el riesgo de que ese accidente ocurra.

11) Las referencias al criterio de «diligencia debida» en los párrafos anteriores del comentario al artículo 14 preocupaban a uno de los miembros de la Comisión. En su opinión se trataba de un criterio difícil de aplicar, particularmente cuando los hechos eran complejos, y que podría provocar el desafortunado resultado de que algunos riesgos de daños transfronterizos, que quedarían incluidos si se aplicase el criterio de «las medidas apropiadas» que se enuncia en el texto del artículo 14, podrían quedar excluidos si se aplicase el criterio de «diligencia debida». La cuestión de determinar hasta qué punto era apropiado el criterio de «diligencia debida» debería volverse a estudiar durante la segunda lectura de los artículos en la Comisión.

Artículo 14 bis *[20* bis*].—No transferencia del riesgo*

Al tomar medidas para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles, los Estados velarán por que el riesgo no se traslade simplemente, directa o indirectamente, de una zona a otra o se transforme de un tipo de riesgo en otro.

Comentario

1) Este artículo enuncia un principio general de no transferencia del riesgo. Requiere que los Estados, al tomar medidas para prevenir o aminorar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, se aseguren de que el riesgo no se traslade «simplemente», de manera directa o indirecta, de una zona a otra o se transforme en otro tipo de riesgo. Este artículo se inspira en la nueva tendencia del derecho ambiental, que consagró la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano, consistente en formular una política de conjunto para proteger el medio ambiente[545]. El Principio 13 de los Principios Generales para la evaluación y el control de la contaminación de los mares propuestos por el Grupo de Trabajo Intergubernamental, que hizo suyos la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, dispone lo siguiente:

> En la acción destinada a evitar y controlar la contaminación de los mares (particularmente al establecer prohibiciones directas y límites concretos de descarga) debe cuidarse mucho de no limitarse a transferir los daños o los riesgos de una a otra parte del medio[546].

2) Este principio se incorporó al artículo 195 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que dice así:

> Al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, los Estados actuarán de manera que, ni directa ni indirectamente, transfieran daños o peligros de un área a otra o transformen un tipo de contaminación en otro.

El párrafo 2 del artículo II del Código de conducta sobre la contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas establece también un principio similar:

> Al tomar medidas para controlar y regular las actividades y las materias peligrosas, prevenir y controlar la contaminación accidental y atenuar los efectos de los daños causados por una contaminación accidental, los países deberían hacer todo lo posible por no trasladar, directa o indirectamente, los daños o los riesgos de un tipo de medio a otro y no transformar un tipo de contaminación en otro[547].

3) En el Principio 14 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se recomienda a los Estados que cooperen en desalentar o evitar el traslado a otros Estados de actividades y sustancias peligrosas para el medio ambiente y la salud humana. Este principio, aun cuando su objeto principal es un problema diferente, es bastante más limitado que el Principio 13 de los Principios Generales para la evaluación y el control de la contaminación de los mares, la Convención sobre el Derecho del Mar y el Código de Conducta antes mencionados. El Principio 14 dice así:

> Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana[548].

4) La expresión «no trasladar, directa o indirectamente, los daños o los riesgos de un tipo de medio a otro y no transformar un tipo de contaminación en otro»... está

---

[543] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo...* (véase nota 198 *supra*), anexo 1.

[544] Véase nota 213 *supra*.

[545] *Ibid.*

[546] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (ibid.)*, anexo III.

[547] Véase nota 519 *supra*.

[548] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo...* (véase nota 198 *supra*), anexo 1.

dirigida contra las medidas cuyo objeto aparente es prevenir o aminorar los riesgos pero que de hecho simplemente desplazan el riesgo a una secuencia o actividad diferente sin reducción significativa de dicho riesgo (véase el Principio 13 de los Principios Generales para la evaluación y el control de la contaminación de los mares, mencionado en el párrafo 1 *supra*). La Comisión es consciente de que en este contexto, la elección de una actividad, el lugar en que ha de realizarse y el empleo de medidas para prevenir o reducir el riesgo de que produzca daños transfronterizos son en general cuestiones que han de determinarse mediante un proceso de búsqueda del equilibrio entre los intereses de las diversas partes. Es así que debe entenderse la exigencia de este artículo. Sin embargo, la Comisión opinó que en el proceso de encontrar un equilibrio de intereses equitativo las partes deben tener en cuenta el principio general previsto en el artículo.

5) La palabra «traslade» significa movimiento físico de un lugar a otro. La palabra «transforme» se utiliza en el artículo 195 de la Convención sobre el Derecho del Mar y se refiere a la calidad o la naturaleza del riesgo. Las palabras «directa o indirectamente» se usan también en el artículo 195 de la Convención sobre el Derecho del Mar y su sentido es imponer a los Estados un nivel de cuidado mucho mayor en el cumplimiento de las obligaciones que les impone este artículo.

Artículo 15.—Notificación e información

1. Si la evaluación del artículo 12 indicara que existe un riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado de origen notificará sin dilación esa situación a los Estados que puedan resultar afectados y les transmitirá la información técnica disponible y otra información pertinente en que se base la evaluación, indicando un plazo razonable dentro del cual deberán responder.

2. En el caso de que, posteriormente, llegare a conocimiento del Estado de origen la posibilidad de que otros Estados puedan resultar afectados, también procederá a notificarlos sin demora.

Comentario

1) El artículo 15 trata del caso de que la evaluación realizada por un Estado, de conformidad con el artículo 12, indique que la actividad prevista supone un riesgo real de causar daños transfronterizos sensibles. Este artículo, junto con los artículos 16, 16 *bis*, 18 y 19, establece un conjunto esencial de procedimientos a fin de obtener un equilibrio satisfactorio para todos los Estados interesados, dándoles una oportunidad de encontrar la forma de realizar la actividad en cuestión adoptando medidas adecuadas y razonables destinadas a prevenir o aminorar los daños transfronterizos.

2) El artículo 15 obliga al Estado a notificar a los otros Estados que puedan resultar afectados por la actividad prevista. Las actividades incluidas son tanto las proyectadas por el propio Estado como por entidades privadas. El requisito de la notificación es parte indispensable de cualquier sistema orientado a prevenir o aminorar los daños transfronterizos.

3) La obligación de notificar a otros Estados el riesgo de sufrir daños sensibles a que estén expuestos se recogió en el caso *Détroit de Corfou*, en que la Corte Internacional de Justicia dijo que la obligación de advertir se basaba en «consideraciones elementales de humanidad»[549]. Este principio está reconocido en el contexto de los usos de los cursos de agua internacionales y, en dicho contexto, se encuentra incorporado en algunos acuerdos internacionales, en decisiones de cortes y tribunales internacionales, en declaraciones y resoluciones aprobados por organizaciones intergubernamentales, conferencias y reuniones, y en estudios de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales[550].

4) Además de en la utilización de los cursos de agua internacionales, el principio de la notificación está reconocido también con respecto a otras actividades de efectos transfronterizos. Por ejemplo, en el artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo y en los artículos 3 y 10 de la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales. El Principio 19 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se refiere a la notificación oportuna:

> Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe[551]

5) El procedimiento de notificación se ha definido en algunas resoluciones de la OCDE. Por ejemplo, con respecto a algunas sustancias químicas, la resolución C(71)73 de la OCDE, de 18 de mayo de 1971, determina que todo Estado miembro recibirá una notificación antes de que cualquier otro Estado miembro adopte las medidas que proyecte con respecto a sustancias que tengan efectos perjudiciales en el hombre o el medio ambiente cuando esas medidas puedan producir efectos sensibles en la economía y el comercio de otros Estados[552]. La resolución C(74)224 de la OCDE, de 14 de noviembre de 1974, sobre los «Principios relativos a la contaminación transfronteriza», en su principio sobre información y consulta requiere la notificación y consulta antes de realizar cualquier actividad que pueda crear un riesgo de contaminación transfronteriza sensible[553].

6) El principio de la notificación está ampliamente asentado en el caso de emergencias ambientales. El Principio 18 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[554]; el artículo 198 de la Conven-

---

[549] Véase nota 236 *supra*

[550] Por lo que se refiere a los tratados que se ocupan de la notificación previa y el intercambio de información con respecto a los cursos de agua, véase el comentario al artículo 12 (Notificación de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial) del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (capítulo III, sección D *supra*)

[551] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (véase nota 198 *supra*)

[552] *L'OCDE et l'environnement* (véase nota 296 *supra*), pág 105, anexo, párr 4

[553] *Ibid*, pág 167, sección E

[554] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (véase nota 198 *supra*)

ción de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el artículo 2 de la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares; el apartado *d* del párrafo 1 y el párrafo 3 del artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica; y el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos exigen todos la notificación.

7) De conformidad con el *párrafo 1*, cuando la evaluación revele un riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado que se proponga realizar esa actividad tendrá la obligación de notificar a los Estados que puedan resultar afectados. Esa notificación deberá ir acompañada de la información técnica disponible en que se base la evaluación. La referencia hecha a la información técnica «disponible» y otra información pertinente tiene por objeto indicar que la obligación del Estado de origen se limita a comunicar la información técnica y de otra índole obtenida en relación con la actividad. Esa información se obtiene por lo general durante la evaluación de la actividad de conformidad con el artículo 12. El párrafo 1 supone que la información técnica resultante de la evaluación comprende no sólo lo que podría llamarse datos brutos, es decir hojas de datos, estadísticas, etc., sino también el análisis de la información utilizada por el propio Estado de origen para determinar el riesgo de daños transfronterizos.

8) Los Estados pueden decidir libremente cómo quieren informar a los Estados que puedan resultar afectados. En general se supone que los Estados se pondrán en contacto con los otros Estados directamente, por cauces diplomáticos. Si no mantienen relaciones diplomáticas, los Estados podrán notificar a los otros Estados por medio de un tercer Estado.

9) El *párrafo 2* se ocupa del caso en que el Estado de origen, a pesar de todos sus esfuerzos y de su diligencia, no pueda identificar, antes de autorizar la actividad, a todos los Estados que puedan resultar afectados sino solamente después que la actividad ha comenzado. De conformidad con ese párrafo, el Estado de origen, en tales casos, estará obligado a hacer la notificación «sin demora». La expresión «sin demora» tiene por objeto obligar al Estado de origen a que realice la notificación tan pronto como la información llegue a su conocimiento y tenga oportunidad de determinar, en un plazo razonable, si hay otros Estados que puedan resultar afectados por la actividad.

Artículo 16.—Intercambio de información

Durante el desarrollo de la actividad, los Estados interesados deberán intercambiar oportunamente toda la información pertinente para prevenir o aminorar todo riesgo de causar daños transfronterizos sensibles.

Comentario

1) El artículo 16 trata de las medidas que deben adoptarse después de haber emprendido una actividad. La finalidad de todas esas medidas es la misma que la de los artículos anteriores, es decir prevenir o aminorar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles.

2) El artículo 16 obliga al Estado de origen y a los demás Estados interesados a intercambiar información sobre la actividad después de que ésta ha sido emprendida. En opinión de la Comisión, prevenir y aminorar el riesgo de daños transfronterizos sobre la base del concepto de la diligencia debida no es algo que se realice de una vez para siempre sino que requiere esfuerzos continuados. Esto significa que la obligación de diligencia debida no se termina después de conceder la autorización para la actividad y de iniciar ésta; continúa en lo que se refiere a la vigilancia de la realización de la actividad mientras ésta prosiga.

3) La información que se debe intercambiar, en virtud del artículo 16, será toda la que resulte útil, en el caso concreto, para prevenir el riesgo de daños sensibles. Normalmente, el Estado de origen tendrá conocimiento de esa información. Sin embargo, cuando el Estado que pueda resultar afectado tenga alguna información que pudiera ser útil con fines preventivos, deberá ponerla a disposición del Estado de origen.

4) La obligación de intercambiar información es bastante corriente en las convenciones orientadas a prevenir o aminorar los daños ambientales y transfronterizos. Esas convenciones prevén diversas formas de reunir e intercambiar información, ya sea entre las partes o bien proporcionando la información a una organización internacional que la ponga a disposición de otros Estados[555]. En el contexto de esos artículos, cuando las actividades afecten sólo, probablemente, a algunos Estados, el intercambio de información se realizará entre los Estados directamente interesados. Cuando la información pueda afectar a un gran número de Estados, la información pertinente podrá intercambiarse por otros medios como, por ejemplo, las organizaciones internacionales competentes.

5) El artículo 16 obliga a que la información se intercambie oportunamente. Esto significa que el Estado, cuando tenga conocimiento de esa información, deberá informar rápidamente a los otros Estados a fin de que haya tiempo suficiente para que los Estados interesados realicen consultas sobre medidas preventivas apropiadas, o los Estados que puedan resultar afectados tengan tiempo suficiente para adoptar medidas adecuadas.

6) El artículo no establece ningún requisito en cuanto a la frecuencia del intercambio de información. La obliga-

[555] Por ejemplo, el artículo 10 del Convenio sobre la prevención de la contaminación marina procedente de fuentes terrestres; el artículo 4 del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono; y el artículo 200 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hablan de investigaciones aisladas o conjuntas de los Estados Partes sobre la prevención o la reducción de la contaminación y de su comunicación mutua directamente o por conducto de la organización internacional competente. La Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias prevé la investigación y el intercambio de información sobre los efectos de las actividades emprendidas por los Estados Partes en la Convención. Se encuentran ejemplos en otras convenciones, como el apartado iii) del párrafo 1 *b* del artículo VI del Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas (nota 519 *supra*); el artículo 17 del Convenio sobre la Diversidad Biológica; y el artículo 13 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales.

ción del artículo 16 sólo surge cuando los Estados tienen alguna información que sea pertinente para prevenir o aminorar los daños transfronterizos.

Artículo 16 bis.—*Información al público*

En la medida de lo posible y por los medios que corresponda, los Estados facilitarán al público que pueda resultar afectado por una actividad a que se refiere el artículo 1 información relativa a esa actividad, al riesgo que entraña y a los daños que pudieran derivarse de ella, y averiguarán sus opiniones.

Comentario

1) El artículo 16 *bis* requiere que los Estados, en la medida de lo posible y por los medios que corresponda, faciliten al público información relativa al riesgo que entraña y a los daños que pudieran derivarse de una actividad sometida a autorización con el fin de conocer sus opiniones. Por tanto, el artículo requiere de los Estados: *a*) que faciliten información a su opinión pública sobre la actividad y sobre el riesgo que supone y los daños; y *b*) que averigüen la opinión del público. Naturalmente, está claro que la idea de facilitar información al público tiene por objeto que éste pueda informarse para luego hacer conocer su opinión.

2) Los datos que han de facilitarse al público comprenden la información sobre la propia actividad así como sobre la naturaleza y el alcance del riesgo y los daños que pueden resultar. Esa información figura en los documentos que acompañan a la notificación prevista en el artículo 15 o en la evaluación que efectúe el Estado que puede resultar afectado, de conformidad con el artículo 19.

3) Este artículo se inspira en las nuevas tendencias del derecho internacional en general y del derecho ambiental en particular, que tratan de hacer participar en la toma de decisiones a las personas cuyas vidas, salud, bienes y ambiente puedan resultar afectados, dándoles la oportunidad de exponer sus opiniones y de ser oídas por los encargados de adoptar las decisiones definitivas.

4) El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo prevé la participación del público en el proceso de adopción de decisiones como sigue:

> El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes[556]

5) Otros acuerdos jurídicos internacionales recientes sobre cuestiones ambientales han requerido de los Estados que faciliten al público información y le den la oportunidad de participar en la toma de decisiones. A este respecto son pertinentes los párrafos 1 y 2 del artículo VII del Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de Aguas Interiores Transfronterizas:

> 1 Con objeto de promover una toma de decisiones con conocimiento de causa por las autoridades centrales, regionales o locales en las deliberaciones relativas a la contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas, los países deberían facilitar la participación del público que pueda ser afectado en las audiencias e investigaciones preliminares y la formulación de objeciones a las decisiones propuestas, así como la presentación de recursos y la representación en los procedimientos administrativos y judiciales.
>
> 2 Los países en que se produzca un incidente deberían adoptar todas las medidas apropiadas para facilitar a las personas físicas y jurídicas expuestas a un riesgo importante de contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas información suficiente para que puedan ejercer los derechos que les conceda la legislación nacional de conformidad con los objetivos del presente Código[557]

Asimismo, el artículo 16 del Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales; el párrafo 8 del artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo; el artículo 17 del Convenio sobre la protección del medio marino en la zona del mar Báltico; y el artículo 6 de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático disponen que se informe al público.

6) Hay muchas modalidades de participación en la toma de decisiones. El examen de los datos y de la información sobre los que se tomarán las decisiones y la oportunidad de confirmar o rechazar la exactitud de los datos; el análisis y las consideraciones de política, ya sea acudiendo a los tribunales administrativos o judiciales o por medio de grupos de ciudadanos interesados, son algunas de las maneras de participar en la toma de decisiones. A juicio de la Comisión, esta forma de participación del público contribuye a propiciar los esfuerzos para impedir los daños ambientales y transfronterizos.

7) La obligación prevista en el artículo 16 *bis* se limita con la frase «en la medida de lo posible y por los medios que corresponda». Las palabras «en la medida de lo posible» tienen aquí un carácter normativo más que fáctico y pretenden tener en cuenta las posibles limitaciones constitucionales o de derecho interno. Algunos países, por ejemplo, no utilizan el debate público. Las palabras «por los medios que corresponda» tienen por objeto confiar la manera de facilitar esa información a los Estados, a las normas de su derecho interno y a la política del Estado en lo que respecta, por ejemplo, a si dicha información ha de facilitarse a través de los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales, los organismos públicos, las autoridades locales, etc.

8) El artículo 16 *bis* limita la obligación de cada Estado de facilitar esa información a su propio público. Las palabras «los Estados facilitarán al público» no obligan al Estado a facilitar información al público de otro Estado. Por ejemplo, el Estado que pueda resultar afectado, tras recibir la notificación e información del Estado de

[556] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (véase nota 198 *supra*)

[557] Véase nota 519 *supra*

origen, informará, en la medida de lo posible y por los medios que corresponda, a aquel sector de su público que pueda ser perjudicado antes de responder a la notificación.

Artículo 17.—Seguridad nacional y secretos industriales

Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para la protección de secretos industriales podrán no ser transmitidos, pero el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.

Comentario

1) El artículo 17 tiene por objeto establecer una excepción restringida a la obligación de los Estados de facilitar información en virtud de los artículos 15, 16 y 16 *bis*. A juicio de la Comisión, no debería obligarse a los Estados a revelar información vital para su seguridad nacional o considerada secreto industrial. Este tipo de cláusula no es rara en los tratados que requieren intercambio de información. El artículo 31 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[558] prevé también una excepción similar a la obligación de revelar información.

2) En el artículo 17 se incluyen los secretos industriales además de la seguridad nacional. En el contexto de estos artículos, es muy probable que alguna de las actividades comprendidas dentro del artículo 1 puedan conllevar el uso de tecnología adelantada con algunos tipos de información que puedan estar protegidos incluso por el derecho interno. Normalmente la legislación nacional de los Estados determina la información que se considera secreto industrial y la protege. Este tipo de cláusula de salvaguardia no es rara en los instrumentos jurídicos que se ocupan del intercambio de información sobre actividades industriales. Por ejemplo, el artículo 8 del Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales y el párrafo 8 del artículo 2 de la Convención sobre Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo prevén una protección similar para los secretos industriales y comerciales.

3) El artículo 17 reconoce la necesidad de equilibrar los intereses legítimos del Estado de origen y de los Estados que puedan resultar afectados. Por tanto, requiere que el Estado de origen que no transmita información por razones de seguridad o de secreto industrial coopere de buena fe con los demás Estados facilitando toda la información que sea posible según las circunstancias. Las palabras «toda la información posible» incluyen, por ejemplo, la descripción general del riesgo y del tipo y magnitud de los daños a que esté expuesto un Estado. Las palabras «según las circunstancias» se refieren a las condiciones invocadas para no transmitir la información. El artículo 17 se basa en la cooperación de buena fe de las partes.

Artículo 18.—Consultas sobre medidas preventivas

1. Los Estados interesados se consultarán, a petición de cualquiera de ellos y sin demora, con miras a encontrar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles y cooperarán en la aplicación de esas medidas.

2. Los Estados buscarán soluciones basadas en un equitativo equilibrio de intereses que se prevé en el artículo 20.

3. Si las consultas mencionadas en el párrafo 1 no conducen a una solución acordada, el Estado de origen, sin embargo, deberá tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados y podrá proseguir la actividad por su cuenta y riesgo, sin perjuicio del derecho de cualquier Estado que no haya dado su acuerdo a mantener los derechos que pueda tener en virtud de estos artículos o de otra norma.

Comentario

1) El artículo 18 requiere que los Estados interesados, es decir el Estado de origen y los Estados que puedan resultar afectados, se consulten para acordar medidas destinadas a prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles. Según el momento en que se invoque el artículo 18, las consultas pueden celebrarse antes de la autorización y comienzo de una actividad o durante su realización.

2) En este artículo la Comisión ha intentado mantener el equilibrio entre dos consideraciones igualmente importantes. En primer lugar, el artículo trata de actividades no prohibidas por el derecho internacional y que normalmente son importantes para el desarrollo económico del Estado de origen. Pero, en segundo lugar, no sería equitativo para los demás Estados permitir que esas actividades se realizaran sin consultar con ellos y sin adoptar medidas preventivas apropiadas. Por tanto, el artículo no establece una simple formalidad que el Estado de origen tenga que cumplir sin el propósito real de llegar a una solución aceptable para los demás Estados, ni tampoco el derecho de veto para los Estados que puedan resultar afectados. Para mantener el equilibrio, el artículo prescribe la manera y la finalidad de las consultas entre las partes. Las partes deben consultarse de buena fe y tener en cuenta los legítimos intereses de cada una. Las partes han de consultarse con miras a llegar a una solución aceptable sobre las medidas que han de adoptarse para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles.

3) A juicio de la Comisión, el principio de la buena fe es parte integrante de toda obligación de consulta y negociación. La obligación de consultar y negociar sinceramente y de buena fe se reconoció en el laudo del caso *Lac Lanoux*[559], en el que el tribunal declaró que las con-

[558] Véase el capítulo III, sección D *supra*.

[559] Véase nota 191 *supra*.

sultas y negociaciones entre los dos Estados debían ser sinceras, cumplir las normas de la buena fe y no ser simples formalidades. Las normas de la razón y la buena fe son aplicables a los derechos y obligaciones de procedimiento relativos al uso compartido de los ríos internacionales.

4) En lo que respecta a esta cuestión concreta de la buena fe, la Comisión se basa también en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Compétence en matière de pêcheries (Reino Unido* c. *Islandia)*. En este fallo la Corte declaró que «su tarea [la de las partes] consistirá en celebrar negociaciones de manera que cada parte tenga de buena fe razonablemente en cuenta los derechos de la otra»[560]. La Comisión considera también pertinente para este artículo la decisión de la Corte en los asuntos referidos al *Plateau continental de la mer du Nord* sobre la manera en que deben celebrarse negociaciones. En esos casos la Corte declaró lo siguiente:

> *a*) Las partes tienen la obligación de entablar una negociación con miras a llegar a un acuerdo y no simplemente proceder a una negociación formal como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método de limitación a falta de acuerdo; las partes tienen la obligación de comportarse de manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin contemplar ninguna modificación[561].

Aun cuando la Corte en este fallo habla de «negociación», la Comisión cree que el requisito de buena fe en la conducta de las partes se aplica tanto durante las consultas como en el curso de las negociaciones.

5) En virtud del *párrafo 1*, los Estados interesados entablarán consultas a petición de cualquiera de ellos, es decir el Estado de origen o cualquiera de los Estados que puedan resultar afectados. Las partes entablarán consultas «sin demora». Esta expresión tiende a evitar que un Estado, cuando se le solicita que entable consultas, demore las mismas con excusas no razonables.

6) Las consultas tienen por objeto: *a*) que las partes encuentren soluciones aceptables sobre las medidas que han de adoptarse a fin de prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles; y *b*) que cooperen en la aplicación de esas medidas. Las palabras «soluciones aceptables», relativas a la adopción de medidas preventivas, hacen referencia a aquellas medidas que son aceptadas por las partes dentro de las directrices especificadas en el párrafo 2. En general, el consentimiento de las partes en tomar medidas de prevención se expresará mediante algún tipo de acuerdo.

7) Las partes evidentemente intentarán primero seleccionar aquellas medidas que puedan evitar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles o, si esto no es posible, que aminoren el riesgo de esos daños. Una vez seleccionadas esas medidas, las partes tienen la obligación, en virtud de la última cláusula del párrafo 1, de cooperar en su aplicación. También esta obligación deriva de la opinión de la Comisión según la cual la obligación de ejercer la debida diligencia, núcleo de las disposiciones destinadas a prevenir o a aminorar los daños transfronterizos sensibles, es de carácter continuo y vale para todas las fases de la actividad.

8) El artículo 18 puede invocarse siempre que se plantee la necesidad de adoptar medidas preventivas. Esta cuestión evidentemente puede suscitarse como consecuencia del artículo 15, a causa de una notificación hecha a los demás Estados por el Estado de origen en el sentido de que una actividad que se propone emprender puede entrañar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles; o bien en el curso del intercambio de información previsto en el artículo 16 o en el contexto del artículo 19, sobre los derechos de los Estados que puedan resultar afectados.

9) El artículo 18 tiene un ámbito amplio de aplicación. Ha de aplicarse a todas las cuestiones relativas a las medidas preventivas. Por ejemplo, cuando las partes efectúan la notificación prevista en el artículo 15 o intercambian información en virtud del artículo 16 y hay ambigüedades en esas comunicaciones, pueden pedirse consultas simplemente para aclarar esas ambigüedades.

10) El *párrafo 2* da orientaciones a los Estados para las consultas sobre medidas preventivas. Las partes buscarán soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses previsto en el artículo 20 (Factores de un equilibrio equitativo de intereses). Ni el párrafo 2 de ese artículo ni el artículo 20 impiden a las partes tener en cuenta otros factores que consideren pertinentes para lograr un equilibrio equitativo de intereses.

11) El *párrafo 3* trata de la posibilidad de que, pese a todos los esfuerzos, las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre medidas preventivas aceptables. Como se explicó en el párrafo 3 de los comentarios *supra*, el artículo establece un equilibrio entre dos consideraciones, una de las cuales es no conceder el derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. A este respecto, la Comisión recordó el laudo dictado en el asunto *Lac Lanoux*, en el que el tribunal señaló que en algunas situaciones la parte que pueda resultar afectada puede, violando el principio de la buena fe, paralizar los esfuerzos sinceros de negociación[562]. A fin de tener en cuenta esta posibilidad, el artículo dispone que el Estado de origen pueda proseguir la actividad, ya que la falta de esta opción concedería de hecho un derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. Aunque se le permite proseguir la actividad, el Estado de origen sigue obligado a tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados. Después de las consultas, el Estado de origen conoce mejor las preocupaciones de los Estados que puedan resultar afectados y está incluso en una mejor situación para tomarlas seriamente en cuenta al realizar la actividad. Además, el Estado de origen realiza la actividad «por su cuenta y riesgo». Esta expresión se utiliza también en el artículo 13 (Actividades no autorizadas). Las explicaciones sobre esta expresión dadas en el párrafo 4 del comentario al artículo 13 también se aplican aquí.

12) La última parte del párrafo 3 protege también los intereses de los Estados que puedan resultar afectados, permitiéndoles ejercer los derechos que puedan tener en

[560] Asunto *Compétence en matière de pêcheries* (véase nota 196 *supra*), pág. 33, párr. 78.

[561] *Plateau continental de la mer du Nord (ibid.)*, pág. 47, párr. 85.

[562] Véase nota 161 *supra*.

virtud de estos artículos o de otra norma. Las palabras «o de otra norma» pretenden tener un amplio alcance con objeto de incluir los derechos que tengan los Estados que puedan resultar afectados en virtud de cualquier norma de derecho internacional, de los principios generales del derecho, del derecho interno, etc.

Artículo 19.—Derechos del Estado que puede verse afectado

1. Cuando no hubiere mediado notificación respecto a una actividad desarrollada en el territorio de un Estado, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, cualquier otro Estado que tuviere razones fundadas para creer que esa actividad ha creado el riesgo de causarle un daño sensible podrá solicitar las consultas del artículo anterior.

2. El Estado que solicite las consultas proporcionará una evaluación técnica de las razones en que fundare su opinión. Si la actividad resultare ser una de las previstas en el artículo 1, el Estado que solicite las consultas podrá reclamar del Estado de origen el pago de una parte equitativa del costo de la evaluación.

Comentario

1) Este artículo se refiere a la situación en que un Estado, aunque no haya recibido notificación acerca de una actividad de conformidad con el artículo 15, tiene conocimiento de que se está realizando una actividad en otro Estado o en un lugar bajo la jurisdicción o control de dicho Estado, por el Estado mismo o por una entidad privada, y considera que esa actividad entraña el riesgo de causarle un daño sensible.

2) El objeto de este artículo es proteger los derechos y los intereses legítimos de los Estados que tienen razones para creer que pueden verse afectados desfavorablemente por una actividad. El artículo 19 les permite solicitar consultas e impone al Estado de origen una obligación coordinada de acceder a la petición. De no existir el artículo 19 los Estados que pueden verse afectados no pueden obligar al Estado de origen a entablar consultas. En otros instrumentos jurídicos se han incluido disposiciones análogas. En el artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[563] y en el párrafo 7 del artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo se prevé también un procedimiento por el cual el Estado que puede verse afectado por una actividad puede iniciar consultas con el Estado de origen.

3) El *párrafo 1* permite a un Estado que tenga razones fundadas para creer que una actividad realizada en el territorio o en lugares de alguna manera bajo la jurisdicción o el control de otro Estado ha creado el riesgo de causarle un daño sensible solicitar las consultas del artículo 18. Las palabras «razones fundadas» que figuran en la quinta línea del párrafo 1 tienen por objeto impedir que otros Estados creen dificultades innecesarias al Estado de origen solicitando consultas basadas en meras sospechas o conjeturas. Por supuesto, la posición del Estado que afirme que ha estado expuesto a un riesgo importante de daño transfronterizo será mucho más fuerte cuando pueda demostrar que ya ha sufrido daños a consecuencia de la actividad.

4) Una vez iniciadas las consultas, los Estados interesados convendrán en que la actividad es una de las del artículo 1 y por consiguiente el Estado de origen tendrá que tomar medidas preventivas, o bien las partes no se pondrán de acuerdo y el Estado de origen seguirá creyendo que la actividad no está comprendida en el artículo 1. En el primer caso las partes deben desarrollar sus consultas de conformidad con el artículo 18 y hallar soluciones aceptables basadas en un equilibrio de intereses equitativo. En el segundo caso, a saber cuando las partes discrepan sobre el verdadero carácter de la actividad, no se prevé ninguna otra medida en el párrafo. La Comisión volverá sobre esto una vez que haya examinado la cuestión de los medios de solución de controversias.

5) Este párrafo no se aplica a las situaciones en que el Estado de origen se halla todavía en la etapa de planificación de la actividad, pues se supone que aún cabe que el Estado de origen notifique a los Estados que pueden resultar afectados. No obstante, si esa notificación no se efectúa, los Estados que pueden verse afectados podrán solicitar consultas tan pronto como se inicie la actividad. También podrán solicitarse consultas en las primeras etapas de la actividad, como por ejemplo la etapa de la construcción.

6) En la primera frase del *párrafo 2* se trata de establecer un equilibrio equitativo entre los intereses del Estado de origen al cual se ha pedido que participe en consultas y los intereses del Estado que se considera afectado o que puede verse afectado, requiriendo que este último Estado justifique tal opinión y la apoye con documentos que contengan su propia evaluación técnica del presunto riesgo. El Estado que solicite las consultas deberá, como se ha dicho antes, tener «razones fundadas» para creer que existe un riesgo del que pueden derivarse daños. Teniendo en cuenta que ese Estado no ha recibido información alguna del Estado de origen acerca de la actividad y por lo tanto no puede tener acceso a todos los datos técnicos pertinentes, los documentos de apoyo y la evaluación que se le piden no han de ser completos pero sí suficientes para ofrecer una justificación razonable de sus afirmaciones. La expresión «razones fundadas» debe interpretarse en ese contexto.

7) La segunda frase del párrafo 2 se refiere a las consecuencias financieras si resultare que la actividad en cuestión está comprendida en el artículo 1. En tales casos se puede exigir al Estado de origen que pague una parte equitativa del costo de la evaluación técnica. La Comisión opinó que ese reparto del costo de la evaluación es razonable por las siguientes razones: *a*) el Estado de origen habría tenido que hacer, en todo caso, esa evaluación de conformidad con el artículo 12; *b*) sería injusto que el costo de la evaluación fuera sufragado por el Estado que puede resultar perjudicado por una actividad que se realiza en otro Estado y de la cual no recibe beneficio alguno; y *c*) si el Estado de origen no está obligado

[563] Véase el capítulo III, sección D *supra*.

a compartir el costo de la evaluación realizada por el Estado que puede verse afectado, ello podría servir para alentar al Estado de origen a no hacer la evaluación de las repercusiones que debería haber hecho de conformidad con el artículo 12, eludiendo así los costos de la evaluación y dejándolos a cargo de los Estados que pueden verse afectados.

8) Sin embargo, la Comisión también previó situaciones en las que las razones de la falta de notificación por parte del Estado de origen pueden ser totalmente inocentes. El Estado de origen podría haber creído sinceramente que la actividad no suponía riesgo alguno de causar un daño transfronterizo sensible. Por esa razón el Estado que puede resultar afectado tiene derecho a reclamar «una parte equitativa del costo de la evaluación». Estas palabras significan que si del debate resulta que la evaluación no pone de manifiesto un riesgo de daño sensible, el asunto se ha resuelto y evidentemente no se plantea siquiera la cuestión de compartir los costos. Pero si se pone de manifiesto ese riesgo, es razonable que se pida al Estado de origen que aporte una parte equitativa del costo de la evaluación. Esta aportación puede no representar la totalidad del costo pues de todos modos el Estado que podría verse afectado habría realizado alguna evaluación por su cuenta. La participación del Estado de origen se limitaría a la parte del costo que corresponda directamente a su omisión de efectuar la notificación prevista en el artículo 15 y de facilitar información técnica.

Artículo 20.—Factores de un equilibrio equitativo de intereses

Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 18, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre ellos:

***a*) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios de impedir o reducir al mínimo ese riesgo o de reparar el daño;**

***b*) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para los Estados que puedan resultar afectados;**

***c*) El riesgo de daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios de prevenir o aminorar ese riesgo o de rehabilitar el medio ambiente;**

***d*) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de la prevención exigida por los Estados que pueden resultar afectados y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios o de sustituirla por otra actividad;**

***e*) El grado en que los Estados que pueden resultar afectados están dispuestos a contribuir a los costos de la prevención;**

***f*) Las normas de protección que los Estados que pueden resultar afectados aplican a la misma actividad o actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.**

Comentario

1) El objeto de este artículo es ofrecer alguna orientación a los Estados que han iniciado consultas tratando de lograr un equilibrio de intereses equitativo. Para alcanzar un equilibrio de intereses equitativo hay que determinar los hechos y sopesar todos los factores y circunstancias pertinentes.

2) La cláusula principal del artículo dispone que «Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 18, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes». El artículo continúa con una lista no exhaustiva de esos factores y circunstancias. La amplia diversidad de tipos de actividades que abarcan estos artículos y las diferentes situaciones y circunstancias en que se realizarán hacen imposible formular una lista exhaustiva de factores que guarden relación con todos los casos individuales. Algunos de los factores pueden ser pertinentes en un determinado caso mientras que otros pueden no serlo y algunos otros factores no contenidos en la lista pueden resultar pertinentes. A los factores y circunstancias enumerados no se les asignan prioridad ni una importancia particular puesto que algunos de ellos pueden ser más importantes en ciertos casos y otros pueden merecer que se les conceda mayor peso en otros casos. En general, los factores y circunstancias indicados permitirán a las partes comparar los costos y beneficios que pueden darse en un caso particular.

3) En el *apartado* a se compara el grado de riesgo del daño transfronterizo sensible con la disponibilidad de medios de prevenir o reducir al mínimo ese riesgo y la posibilidad de reparar el daño. Por ejemplo, el grado de riesgo de daño puede ser elevado pero puede haber medidas que permitan prevenir o reducir ese riesgo o puede haber posibilidades de reparar el daño. Las comparaciones en este caso son cuantitativas y cualitativas.

4) En el *apartado* b se compara la importancia de la actividad en función de sus ventajas sociales, económicas y técnicas para el Estado de origen con el daño potencial para los Estados que puedan verse afectados. La Comisión recordó en este contexto la decisión del asunto *Donauversinkung*, en el que la Corte declaró lo siguiente:

> Los intereses de los Estados en cuestión han de ponderarse entre sí de manera equitativa. Se ha de considerar no sólo el daño absoluto causado al Estado vecino sino también la relación de la ventaja obtenida por el uno con el daño causado al otro[564].

5) En el *apartado* c se compara, de la misma manera que en el párrafo *a*, el riesgo de daño sensible al medio ambiente con la disponibilidad de medios de prevenir o aminorar ese riesgo y la posibilidad de rehabilitar el medio ambiente. La Comisión recalcó la importancia particular de la protección del medio ambiente. Considera que el Principio 15 de la Declaración de Río guarda relación con este párrafo cuando dice:

> Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la

[564] Véase nota 242 *supra*.

adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente[565].

6) La Comisión es consciente de que el concepto de daño transfronterizo tal como se utiliza en el apartado *a* podría interpretarse ampliamente y podría incluir los daños al medio ambiente. Pero la Comisión hace una distinción, a los efectos de este artículo, entre los daños a una parte del medio que pueda traducirse en privación de valor para los individuos y medirse por medios económicos normalizados y los daños al medio no susceptibles de esa medición. Los primeros estarían incluidos en el apartado *a* y los segundos en este apartado.

7) El *apartado* d introduce una serie de factores que han de compararse y tenerse en cuenta. La viabilidad económica de la actividad debe compararse con los costos de la prevención exigida por los Estados que pueden verse afectados. El costo de las medidas preventivas no debe ser tan alto que haga económicamente inviable la actividad. La viabilidad económica de la actividad debe evaluarse también en función de la posibilidad de cambiar el emplazamiento o realizarla por otros medios o sustituirla por otra actividad. Con las palabras «realizar la actividad [...] por otros medios» se pretende tener en cuenta, por ejemplo, una situación en la que un tipo de sustancia química utilizado en la actividad, que pudiera ser la causa del daño transfronterizo, pueda sustituirse por otra sustancia química; o el equipo mecánico de la planta o la fábrica pueda sustituirse por otro equipo diferente. Las palabras «sustituirla por otra actividad» tienen por objeto tener en cuenta la posibilidad de que se puedan alcanzar los mismos resultados o unos resultados comparables con otra actividad sin riesgo, o con un riesgo muy inferior, de daño transfronterizo sensible.

8) En el *apartado* e se dispone que uno de los elementos que determinan la elección de medidas preventivas es la voluntad de los Estados que pueden verse afectados de contribuir al costo de la prevención. Por ejemplo, si los Estados que pueden verse afectados están dispuestos a contribuir a los gastos de las medidas preventivas, puede ser razonable, teniendo en cuenta otros factores, esperar que el Estado de origen tome medidas preventivas más costosas pero más eficaces.

9) En el *apartado* f se comparan las normas de protección solicitadas del Estado de origen con las aplicadas a la misma actividad o una actividad comparable en el Estado que puede verse afectado. El fundamento es que, en general, podría ser irrazonable pedir al Estado de origen que cumpla una norma de prevención mucho más estricta que la que se aplicaría en los Estados que pueden verse afectados. Sin embargo, este factor no es en sí mismo concluyente. Puede haber situaciones en que el Estado de origen haya de aplicar a la actividad normas de prevención superiores a las aplicadas en los Estados que pueden resultar afectados, es decir cuando el Estado de origen es un Estado muy desarrollado y aplica reglamentaciones legales sobre el medio ambiente establecidas en el plano interno. Estas reglamentaciones pueden ser considerablemente más estrictas que las aplicadas en un Estado de origen que, por hallarse en determinada fase de desarrollo, tenga (y ciertamente necesite) pocas reglamentaciones, si es que las tiene, sobre las normas de prevención. Teniendo en cuenta otros factores, el Estado de origen puede tener que aplicar sus propias normas de prevención, más estrictas que las de los Estados que pueden verse afectados.

10) Los Estados deben también tener en cuenta las normas de prevención aplicadas a las mismas actividades o a actividades comparables en otras regiones o, si existen, las normas internacionales de prevención aplicables a actividades similares. Esto reviste especial importancia cuando, por ejemplo, los Estados interesados no disponen de ninguna norma de prevención en relación con esas actividades o desean mejorar las normas existentes.

[565] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo...* (véase nota 198 *supra*).

Capítulo VI

OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

A.—La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados

381. En su 2376.ª sesión, celebrada el 22 de julio de 1994, la Comisión designó al Sr. Alain Pellet Relator Especial para el tema «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados».

B.—La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas

382. También en su 2376.ª sesión, el 22 de julio de 1994, la Comisión designó al Sr. Vaclav Mikulka Relator Especial para el tema «La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas».

C.—Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación

383. En su 2328.ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 1994, la Comisión tomó nota de que en el párrafo 10 de la resolución 48/31, la Asamblea General le pide:

a) Que examine detenidamente:

i) la planificación de sus actividades y su programa durante el mandato de sus miembros, teniendo presente la conveniencia de avanzar lo más posible en la preparación de proyectos de artículos sobre temas concretos;

ii) Sus métodos de trabajo en todos sus aspectos, teniendo presente que el escalonamiento del examen de algunos temas puede contribuir, entre otras cosas, a que el examen de su informe en la Sexta Comisión sea más eficaz;

b) Que siga ocupándose en particular de que, en su informe anual, se indiquen en cada tema las cuestiones concretas respecto de las cuales revestiría particular interés para la continuación de sus trabajos que los gobiernos expresaran sus opiniones en la Sexta Comisión o por escrito.

384. La Comisión convino en que esta cuestión se abordase en relación con el tema 7 de su programa, titulado «Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación», y en que este tema fuese examinado por el Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada.

385. El Grupo de Planificación celebró tres sesiones. El Grupo tuvo ante sí la sección F del resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su cuadragésimo séptimo período de sesiones, titulada «Programa de trabajo de la Comisión»[566]. El Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto y Asesor Jurídico, dirigió la palabra al Grupo de Planificación en su primera sesión.

1. Planificación de las actividades para el resto del quinquenio

386. El actual programa de trabajo está integrado por los siguientes temas: Responsabilidad de los Estados; Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional; La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados; y La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas[567].

387. De conformidad con el apartado *a* i) del párrafo 10 de la resolución 48/31 de la Asamblea General, la Comisión examinó la planificación de sus actividades durante el resto del mandato de sus miembros. Al hacerlo, tuvo presente, como se solicitaba en esa resolución, la conveniencia de avanzar lo más posible en la preparación de proyectos de artículos sobre temas concretos.

388. La Comisión convino en que, si bien la adopción de un plan rígido sería inviable, la fijación de objetivos al planificar sus actividades sería provechosa.

389. La Comisión, teniendo en cuenta los progresos realizados en relación con los temas del programa actual así como la buena disposición que había para lograr nuevos progresos y consciente de los distintos grados de complejidad de los diversos temas, confirmó sus intenciones de concluir en 1996 la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. En lo concerniente al tema «La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», procurará terminar en 1996 la primera lectura del proyecto de artículos sobre las actividades que entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo. Además, tiene la intención de iniciar los trabajos sobre los temas «La ley y la

[566] A/CN.4/457, párrs. 432 a 443.

[567] La Comisión observó que, en el párrafo 7 de su resolución 48/31, la Asamblea General había hecho suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa los dos últimos temas mencionados, en la inteligencia de que la forma definitiva que se daría a la labor sobre esos temas se decidiría después de que se presentara un estudio preliminar a la Asamblea General.

práctica en materia de reservas a los tratados» y «La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas».

2. Contribución de la Comisión de Derecho Internacional al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional

390. De conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 45.° período de sesiones[568], el Grupo de Trabajo establecido en el 44.° período de sesiones (1992) para examinar la cuestión de la contribución de la Comisión de Derecho Internacional al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional se reunió bajo la presidencia del Sr. Pellet a fin de formular propuestas acerca de la publicación, con ocasión del Decenio, de una colección de estudios preparados por los miembros de la Comisión. Además de su Presidente, el Grupo de Trabajo estuvo integrado por el Sr. Awn Al-Khasawneh, el Sr. James Crawford, el Sr. Salifou Fomba, el Sr. Ahmed Mahiou, el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, el Sr. Robert Rosenstock, el Sr. Albert Szekely, el Sr. Christian Tomuschat y el Sr. Vladlen Vereshchetin.

391. El Presidente del Grupo de Trabajo indicó que, además de él mismo, 32 miembros de la Comisión estaban dispuestos a aportar contribuciones a la publicación, en la inteligencia de que esas contribuciones no excederían de 15 páginas y se entregarían a la Secretaría, a más tardar, el 15 de junio de 1995. El Grupo de Trabajo acordó el contenido provisional de la publicación, habida cuenta de los deseos expresados por los distintos miembros. A fin de reducir los costos al mínimo, recomendó que, en la fase actual, la colección fuese una publicación bilingüe que incluyese contribuciones en inglés o en francés, quedando entendido, sin embargo, que la Secretaría se esforzaría por disponer la traducción al inglés o al francés de los artículos que se presentaran en uno de los otros cuatro idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

392. La Comisión aprobó el plan de la publicación y los medios materiales de llevar el proyecto a la práctica, según los describió el Presidente del Grupo de Trabajo. Recomendó asimismo que la Asamblea General estudiara la posibilidad de asignar fondos para la publicación del documento en todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas y que los Estados Miembros en los que se hubieran establecido comités nacionales para el Decenio alentaran a esos comités a tomar disposiciones para la traducción y distribución de la publicación, en sus respectivos idiomas, a fin de asegurar la difusión más amplia posible entre los especialistas y los estudiantes de derecho internacional en todo el mundo.

393. La Comisión decidió que el Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Pellet prosiguiera su labor encaminada a formular recomendaciones sobre otras contribuciones de la Comisión al Decenio para el Derecho Internacional y que esas recomendaciones se le sometieran en su próximo período de sesiones.

[568] *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), párrs. 445 y 446.

3. Documentación de la Comisión

394. Se informó a la Comisión de que su Presidente había recibido del Presidente del Comité de Conferencias una comunicación en la que se indicaba que la Asamblea General, en el párrafo 16 de su resolución 47/202 B, había decidido que se hiciera un examen exhaustivo de, entre otras cosas, la necesidad, la utilidad y la publicación a tiempo de las actas literales y resumidas y que, en el párrafo 3 de la resolución 48/222 B, la Asamblea alentaba a todos los órganos que en ese momento tenían derecho a que se levantaran actas de sus reuniones a que examinaran la necesidad de esas actas y comunicaran sus recomendaciones a la Asamblea General en su cuadragésimo noveno período de sesiones.

395. La Comisión desea hacer constar su reconocimiento a la Asamblea General por haber mantenido las actas resumidas de las sesiones de la Comisión al adoptar el 21 de diciembre de 1990 su resolución 45/238 B, que se recuerda en el preámbulo de la resolución 48/222 B.

396. La Comisión, atendiendo a la resolución 48/222 B de la Asamblea General, ha examinado cuidadosamente la cuestión y ha llegado a la conclusión de que los puntos de vista que en el pasado había tenido ocasión de expresar sobre este asunto seguían siendo válidos. En consecuencia, desea reiterarlos ahora de la manera siguiente.

397. La Comisión sabe muy bien que el costo de preparar las actas no tiene nada de insignificante y de ningún modo quiere restar importancia o aliento a los esfuerzos generalizados de la Organización para efectuar economías y reducir la carga financiera y administrativa que pesa sobre ella. Pero, al propio tiempo, la Comisión se considera obligada a señalar a la atención de la Asamblea General que, en el caso de la Comisión, la cuestión de continuar proporcionando actas resumidas no es exclusivamente una cuestión presupuestaria y administrativa, porque entraña además, y sobre todo, cuestiones de política jurídica que afectan al proceso de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, emprendido por las Naciones Unidas en cumplimiento del apartado *a* del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta. A juicio de la Comisión, es indudable que el hecho de dejar de preparar actas resumidas de sus sesiones se haría sentir en los procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y tendría consecuencias negativas para el cumplimiento por la Comisión de las tareas que la Asamblea General le ha confiado. La necesidad de las actas resumidas en el contexto de los procedimientos y los métodos de trabajo de la Comisión está determinada, entre otras cosas, por las funciones de la Comisión y su composición. Como su tarea consiste principalmente en redactar proyectos que proporcionen una base para la elaboración por los Estados de instrumentos jurídicos, los debates y las discusiones que se celebran en la Comisión sobre las formulaciones propuestas revisten una importancia primordial, tanto respecto del fondo como de la forma, para la comprensión de los textos que la Comisión propone a los Estados. Por otra parte, los miembros de la Comisión actúan, en cumplimiento del Estatuto de ésta, a título personal y no representan a los gobiernos. En consecuencia, los Estados tienen un interés legítimo

en conocer no sólo las conclusiones de la Comisión en su conjunto tal como constan en sus informes sino también las de sus distintos miembros, que figuran en las actas resumidas de la Comisión, sobre todo si se tiene presente que los miembros de la Comisión son elegidos por la Asamblea General a fin de asegurar que estén representados en la Comisión las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo. Además, las actas resumidas de la Comisión constituyen también un medio de hacer accesibles a las instituciones internacionales, a las sociedades científicas, a las universidades y al público en general las deliberaciones de la Comisión, y a este respecto desempeñan un papel importante para promover los conocimientos y el interés por el proceso de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

398. Las consideraciones antes expuestas han movido a la Comisión a recomendar a la Asamblea General que se sigan preparando actas resumidas de las sesiones de la Comisión y que se sigan publicando esas actas en el volumen I del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. La continuación del presente sistema de actas resumidas corresponde a lo que ha sido una política constante de la Asamblea General desde que se creó la Comisión y constituye una necesidad fundamental de los procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y del proceso de codificación y desarrollo del derecho internacional en general.

4. Métodos de trabajo

399. La Comisión, en su último período de sesiones, había manifestado su intención de examinar las condiciones en que se discutían y adoptaban los comentarios con miras a la posible formulación de directrices al respecto. No pudo, por falta de tiempo, examinar este asunto en todos sus aspectos. Convino, sin embargo, en que era conveniente que los comentarios a los proyectos de artículos fueran abordados lo antes posible en el curso de cada período de sesiones para que recibieran la debida atención y que, en todo caso, fueran examinados por separado, no en el marco del examen del informe de la Comisión a la Asamblea General. La Comisión ya había adoptado medidas en ese sentido en el período de sesiones en curso.

400. La Comisión tiene la intención de examinar a fondo la cuestión de los comentarios en su próximo período de sesiones.

5. Duración del próximo período de sesiones

401. La Comisión reitera su opinión de que las exigencias de la labor del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación y la magnitud y complejidad de los temas incluidos en el programa hacen aconsejable que se mantenga la duración habitual de los períodos de sesiones. La Comisión señala que ha utilizado plenamente el tiempo y los servicios puestos a su disposición durante el actual período de sesiones.

D.—Cooperación con otros organismos

402. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de agosto de 1993 del Comité Jurídico Internacional, celebrado en Río de Janeiro, por el Sr. Carlos Calero Rodrigues, quien asistió como observador de la Comisión e hizo uso de la palabra ante el Comité en nombre de ella. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el presente período de sesiones de la Comisión por el Sr. José Luis Siqueiros. El Sr. Siqueiros dirigió la palabra a la Comisión en su 2358.ª sesión, celebrada el 28 de junio de 1994, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

403. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de 1994 del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, celebrado en Tokio, por el Sr. Vladlen Vereshchetin, quien asistió como observador de la Comisión e hizo uso de la palabra ante el Comité en nombre de ella. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano estuvo representado en el presente período de sesiones de la Comisión por el Secretario General del Comité, Sr. Tang Changyuan, y por el Sr. Bhagwat Singh. El Sr. Tang dirigió la palabra a la Comisión en su 2350.ª sesión, el 7 de junio de 1994, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

404. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de diciembre de 1993 del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, celebrado en Estrasburgo, por el Sr. Gudmundur Eiriksson, quien asistió como observador de la Comisión e hizo uso de la palabra ante el Comité en nombre de ella. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica estuvo representado en el presente período de sesiones de la Comisión por el Sr. Hans J. Nilsson. El Sr. Nilsson dirigió la palabra a la Comisión en su 2360.ª sesión, celebrada el 5 de julio de 1994, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

E.—Fecha y lugar del 47.º período de sesiones

405. La Comisión acordó celebrar su próximo período de sesiones en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra del 2 de mayo al 21 de julio de 1995.

F.—Representación en el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General y en el Congreso de Derecho Internacional Público (Nueva York, 13 a 17 de marzo de 1995)

406. La Comisión decidió hacerse representar en el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General y en el Congreso de Derecho Internacional Público por su Presidente, el Sr. Vladlen Vereshchetin[569].

[569] En su 2376.ª sesión, celebrada el 22 de julio de 1994, la Comisión pidió al Sr. James Crawford, Presidente del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, que asistiese al cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea

(Continuación en la página siguiente.)

G.—Seminario de derecho internacional

407. En cumplimiento de la resolución 48/31 de la Asamblea General, la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra organizó durante el período de sesiones en curso de la Comisión la 30.ª reunión del Seminario de derecho internacional. El Seminario está destinado a estudiantes que siguen estudios superiores de derecho internacional y a jóvenes profesores o funcionarios de las administraciones nacionales que en el curso de su trabajo se ocupan de asuntos de derecho internacional.

408. Un Comité de selección presidido por el Profesor Philippe Cahier, del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, de Ginebra, se reunió el 18 de marzo de 1994 y, después de examinar unas 70 solicitudes de participación en el Seminario, seleccionó a 24 candidatos de nacionalidades diferentes, procedentes en su mayoría de países en desarrollo. Veintitrés de los candidatos seleccionados pudieron participar en la reunión del Seminario[570].

409. La reunión del Seminario se celebró en el Palacio de las Naciones del 24 de mayo al 10 de junio de 1994 bajo la dirección de la Sra. Meike Noll-Wagenfeld, de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Fue abierta por el Presidente de la Comisión, Sr. Vladlen Vereshchetin. Durante las tres semanas de la reunión, los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y a conferencias organizadas especialmente para ellos.

410. Varios miembros de la Comisión pronunciaron las siguientes conferencias: Sr. Ahmed Mahiou, («La labor de la Comisión de Derecho Internacional»); Sr. Vaclav Mikulka [«La sucesión de Estados en materia de tratados (evolución reciente)»]; Sr. Francisco Villagrán Kramer («La inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción civil y comercial»); Sr. Alexander Yankov («Consecuencias jurídicas e institucionales de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas»).

411. Además, pronunciaron conferencias la Sra. B. Molina-Abram, de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la ONU («La Comisión de Crímenes de Guerra y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia»); Sra. B. Mukherjee, del Centro de Derechos Humanos de la ONU («La Conferencia Mundial de Derechos Humanos y sus actividades complementarias»); Sr. A. Noll, Asesor Jurídico en la Unión Internacional de Telecomunicaciones («Características de la nueva Constitución y Convención de la UIT, Ginebra, 1992, a la luz de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados»); Sra. D. Plattner, Asesora de la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja («Mandato y condición jurídica del CICR»); Sr. F. Roessler, Director de la División de Asuntos Jurídicos del GATT («La Organización Mundial del Comercio: algunos aspectos jurídicos»).

412. Se crearon, por iniciativa del Sr. Christian Tomuschat, tres grupos de trabajo que trataron de los temas siguientes: *a*) «Base jurídica para el establecimiento de un tribunal penal internacional», bajo la dirección del Sr. Francisco Villagrán-Kramer; *b*) «Los crímenes internacionales—Artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados», bajo la dirección del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz; *c*) «Reservas a los tratados multilaterales», bajo la dirección del Sr. Christian Tomuschat. Cada grupo de trabajo preparó una ponencia sobre su tema que se presentó verbalmente. Un ejemplar de cada ponencia se puso a disposición de los miembros de la Comisión.

413. Como ya es tradicional durante la celebración del Seminario, los participantes disfrutaron de la hospitalidad de la República y Cantón de Ginebra.

414. Al finalizar la reunión del Seminario, el Sr. Vladlen Vereshchetin y la Sra. Noll-Wagenfeld, en nombre del Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, dirigieron la palabra a los participantes. El Sr. Ghazi Gherairi dirigió la palabra a la Comisión en nombre de los participantes. En el curso de esa breve ceremonia, cada participante recibió un certificado acreditando su participación en la 30.ª reunión del Seminario.

415. Las contribuciones voluntarias de los Estados Miembros al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional permiten conceder becas, principalmente a participantes de países en desarrollo. La Comisión tomó nota con particular satisfacción de que los Gobiernos de Alemania, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Islandia, Noruega y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias a ese Fondo. Gracias a esas contribuciones había sido posible conceder un número suficiente de becas para lograr una distribución geográfica adecuada de los participantes y hacer venir de países lejanos a candidatos de mérito que, de no ser así, no habrían podido participar en la reunión. El presente año se concedieron becas completas (viajes y dietas) a 14 participantes y becas parciales (dietas solamente) a dos participantes. Así pues, de las 667 personas de 152 nacionalidades diferentes que han participado en el Seminario desde su creación en 1964, 359 de ellas han recibido becas.

416. La Comisión subraya la importancia que atribuye a la reunión del Seminario, que brinda a jóvenes juristas, y especialmente a los de países en desarrollo, la posibilidad de familiarizarse con los trabajos de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales con sede en Ginebra. Como se han agotado

(Continuación de la nota 569)
General, con arreglo al contenido del párrafo 5 de la resolución 44/35 de la Asamblea. La Comisión hizo una petición análoga al Sr Robert Rosenstock, Relator Especial sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, cuya asistencia al cuadragésimo noveno período de sesiones no tendrá consecuencias financieras.

[570] La lista de participantes en la 30ª reunión del Seminario de Derecho Internacional fue la siguiente: Sr Jassem Bin Nasser Al Thani (Qatar); Sra. Kangne Barry (Guinea), Sr. Eugen Carpov (Moldova); Sra. Carmen Isabel Claramunt (Costa Rica), Sr Petrus Compton (Santa Lucía); Sr Pierre D'Argent (Bélgica), Sr. Ehud-Moshe Eitam (Israel); Sr Mete Erdem (Turquía), Sra Socorro Flores-Liera (México), Sr. Brahima Fomba (Malí); Sr Ghazi Gherairi (Túnez), Sr. Jian Guan (China); Sr. Munyaradzi Gwisai (Zimbabwe), Sra Aymée Hernández Quesada (Cuba); Sr Adolf Huala (Indonesia); Sr. Bernard Kishoiyian (Kenya); Sra. Evaggelia Kleftodimou (Grecia), Sr Milan Kollar (Eslovaquia); Sra Elvira Méndez Chang (Perú), Sr Sergeiy Meshcheryak (Ucrania); Sra Michèle Olivier (Sudáfrica), Sr Kégham Tamamian (Siria), Sra. Deepika Udagama (Sri Lanka)

casi todos los fondos disponibles, la Comisión recomienda que la Asamblea General haga de nuevo un llamamiento a los Estados que estén en condiciones de hacerlo para que aporten las contribuciones voluntarias que se necesitan para la celebración del Seminario de 1995 con la participación más amplia posible.

417. La Comisión tomó nota con pesar de que en 1994 se habían puesto a disposición del Seminario servicios muy limitados de interpretación y expresó la esperanza de que se hiciera todo lo posible para proporcionar al Seminario en futuras reuniones servicios y medios completos, pese a las limitaciones financieras existentes.