ANUARIO DE LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL

1960

Volumen II

Documentos del duodécimo período de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General

---

NACIONES UNIDAS

ANUARIO DE LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL

1960

Volumen II

Documentos del duodécimo período de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General

---

NACIONES UNIDAS

Nueva York, 1961

NOTA

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

A/CN.4/SER.A/1960/Add.1

PUBLICACION DE LAS NACIONES UNIDAS

No. de venta : 60. V. 1, Vol. II

Precio : 2 dólares (EE.UU.); 14 chelines; 8,50 francos suizos
(o su equivalente en la moneda del país)

INDICE

Página

PROVISIÓN DE VACANTES OCURRIDAS DESPUÉS DE LA ELECCIÓN (artículo 11 del estatuto) [Tema 1 del programa]

Documento A/CN.4/127. Nota de la Secretaría 1

RELACIONES E INMUNIDADES CONSULARES (tema 2 del programa)

Documento A/CN.4/131. Segundo informe de Jaroslav Zourek, Relator Especial. 2

Documento A/CN.4/L.86. Proyecto de artículos provisionales presentado por Jaroslav Zourek, Relator Especial 31

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS (tema 3 del programa)

Documento A/CN.4/125. Responsabilidad internacional: quinto informe de F. V. García Amador, Relator Especial 40

DERECHO DE LOS TRATADOS (tema 4 del programa)

Documento A/CN.4/130. Quinto informe de Sir Gerald Fitzmaurice, Relator Especial 67

DIPLOMACIA *ad hoc* (tema 5 del programa)

Documento A/CN.4/129. Informe de A. E. F. Sandström, Relator Especial . . 107

Documento A/CN.4/L.87. Disposiciones sobre diplomacia *ad hoc* propuestas por el Sr. Jiménez de Aréchaga para el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas preparado por la Comisión de Derecho Internacional en su décimo período de sesiones 114

Documento A/CN.4/L.88. Memorándum del Sr. Jiménez de Aréchaga explicativo de su propuesta sobre diplomacia *ad hoc* (A/CN.4/L.87) 115

Documento A/CN.4/L.89. Nueva propuesta presentada como alternativa por el Relator Especial 116

RESOLUCIÓN 1400 (XIV) DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LA CODIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL RELATIVOS AL DERECHO DE ASILO (tema 6 del programa)

Documento A/CN.4/128. Nota de la Secretaría 118

RESOLUCIÓN 1453 (XIV) DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE EL ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS HISTÓRICAS INCLUIDAS LAS BAHÍAS HISTÓRICAS (tema 7 del programa)

Documento A/CN.4/126. Nota de la Secretaría 119

COLABORACIÓN CON OTROS ORGANISMOS (tema 8 del programa)

Documento A/CN.4/124. Informe del Sr. Yuen-li Liang, Secretario de la Comisión, sobre la labor de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos 121

INFORME DE LA COMISIÓN A LA ASAMBLEA GENERAL

Documento A/4425. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su duodécimo período de sesiones, 25 de abril a 1.º de julio de 1960. 143

LISTA DE LOS DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN MENCIONADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN . 184

COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL

DOCUMENTOS CORRESPONDIENTES AL DUODECIMO PERIODO DE SESIONES, INCLUSO EL INFORME DE LA COMISION A LA ASAMBLEA GENERAL

PROVISION DE VACANTES OCURRIDAS DESPUES DE LA ELECCION (ARTICULO 11 DEL ESTATUTO)

[Tema 1 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/127

Nota de la Secretaría

[Texto original en inglés]
[1.º de marzo de 1960]

1. El 29 de septiembre de 1959, el Dr. Ricardo J. Alfaro fue elegido miembro de la Corte Internacional de Justicia.

2. Por carta de fecha 11 de enero de 1960, dirigida al Presidente de la Comisión, el Sr. Thanat Khoman presentó su renuncia como miembro de la Comisión.

3. Se han producido, en consecuencia, dos vacantes entre los miembros de la Comisión. El Estatuto de la Comisión prescribe en su artículo 11:

> « En caso de que ocurra una vacante después de la elección, la Comisión la cubrirá de acuerdo con las disposiciones de los artículos 2 y 8 de este Estatuto. »

En el artículo 2 se dispone:

> « 1. La Comisión se compondrá de veintiún miembros de reconocida competencia en derecho internacional.
>
> « 2. La Comisión no podrá tener dos miembros de una misma nacionalidad.
>
> « 3. En caso de que un candidato tenga doble nacionalidad se le considerará nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos. »

En el artículo 8 se dispone:

> « En toda elección, los electores tendrán en cuenta que las personas que hayan de ser elegidas para formar parte de la Comisión reúnan individualmente las condiciones requeridas, y que en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y principales sistemas jurídicos del mundo. »

4. Los mandatos de los dos miembros que ha de elegir la Comisión expirarán a fines de 1961.

RELACIONES E INMUNIDADES CONSULARES

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/131

Segundo informe de Jaroslav Žourek, Relator Especial

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

INDICE

Primera parte

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

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

Segunda parte

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

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

Tercera parte

NUEVOS ARTÍCULOS

Páginas

Artículo I. Personal del consulado 25

Artículo II. Persona declarada no aceptable 25

Artículo III. Exención de obligaciones referentes a la inscripción de extranjeros y al permiso de residencia 26

Artículo IV. Notificación de llegada y de la salida 26

Artículo V. Adquisición de la nacionalidad 27

Artículo VI. Miembros del personal consular que no son nacionales del Estado de residencia 27

Artículo VII. Duración de los privilegios e inmunidades consulares 28

Artículo VIII. Sucesión respeto de los bienes de un miembro del personal consular o de un miembro de su familia 28

Artículo IX. Deberes de los terceros Estados 29

Artículo X. Obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado de residencia 29

Artículo XI. Derecho a salir del territorio y facilidades para la salida 30

Artículo XII. Protección de locales, archivos e intereses 30

Artículo XIII. Aplicación de las reglas sin hacer distinción entre los Estados 31

PRIMERA PARTE

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

SECCIÓN I. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

1. Evolución de la costumbre

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

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

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

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

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

el incidente, el gobernador debía revocar la expulsión y aceptar que el cónsul Oberti fuera restablecido, después de lo cual el Senado de Venecia lo reemplazaría. Pero como el cónsul había entretanto fallecido, fue reemplazado por su hermano, a quien el gobernador hizo encarcelar y no quiso poner en libertad sino cuando se comprometió a abandonar la ciudad y no volver a ella. Escandalizado por este procedimiento, el Senado de Venecia, para demostrar su indignación, negó audiencia a los enviados del Papa y prohibió a su embajador presentarse ante el Papa hasta que se obligara al gobernador de Ancona a dar una satisfacción [3].

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

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

5. En sus *Mémoires touchant les Ambassadeurs et Ministres publics* publicadas de 1676 a 1679, Wicquefort cita el caso de Berbrant Sas, abogado de La Haya, que en 1659 recibió una comisión de George Downing, residente del Protector de Inglaterra, para « servir, de modo exclusivo, a los mercaderes ingleses en la gestión de sus asuntos particulares ». Wicquefort añade que Sas fue admitido a este empleo únicamente con la condición expresa de que no podría pretender otros derechos ni prerrogativas que los que disfrutaban los demás abogados. Creyendo que su calidad de ministro público le ponía al abrigo de la justicia, hirió en la calle a un hombre por quien estimaba haber sido ofendido. El Tribunal de Justicia le hizo detener y poner en prisión y, a pesar de las gestiones del enviado de Inglaterra, condenó a Sas a una multa de mil libras, a seis años de expulsión, al pago de las costas y a prisión hasta que las pagara. Algunos días más tarde, los Estados de Holanda, bajo presión de los Estados Generales, declararon que la sentencia no sería ejecutada y Sas fue puesto en libertad. Wicquefort añade que Sas no podía en modo alguno ser considerado como ministro público, ya que no tenía cartas credenciales para los Estados, no trataba con ellos y sólo podía hacer gestiones ante el Tribunal de Justicia en cuanto a los asuntos particulares de los mercaderes ingleses [6].

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

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

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

[4] Wicquefort, *op. cit.*, pág. 76.

[5] *Ibid.*

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

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

tratados concertados entre Francia y los Países Bajos, en Ryswick en 1697 (art. 30), en Utrecht en 1713 (art. 38) y en Versalles en 1739 (art. 40) y que estipulan que en lo futuro ninguna de las dos partes admitirá cónsules y que si una de ellas estima oportuno enviar residentes, agentes o comisarios, éstos sólo podrán elegir como lugar de residencia el de residencia habitual de la Corte [8].

7. Wicquefort, que era diplomático, no se daba cuenta de la transformación exacta que se efectuaba en la institución consular cuando se hallaba él en la segunda mitad de su vida y no supo apreciar de manera correcta la condición de los cónsules en la vida internacional. Cometió el error de fundar su opinión en ejemplos antiguos como el de la detención de los cónsules de las Provincias Unidas en Cádiz y la violencia hecha al cónsul de Venecia por el gobernador de Ancona (véanse párr. 2 y 3). En efecto, en esos dos casos, acaecidos en la época en que los cónsules disfrutaban todavía, en calidad de ministros públicos, de inviolabilidad e inmunidad completa de jurisdicción, se trataba de violaciones del derecho internacional, y esos dos casos no podían considerarse como fundamento de una nueva práctica internacional. En consecuencia, no cabe sorprenderse de que Vattel aprovechara este punto débil y señalara que los ejemplos invocados eran contrarios al sentimiento de Wicquefort [9] quien, por otra parte, defendía decididamente los privilegios e inmunidades de los ministros públicos. Sin embargo, las ideas de Wicquefort encontraron un eco favorable en la doctrina y en la práctica.

8. Entre los autores del siglo XVII, Bynkershoek (1673-1743) adoptó decididamente el parecer de Wicquefort al comentar un decreto de 13 de octubre de 1679 por el cual los Estados Generales contestan a una viuda que deseaba saber dónde podría incoar un proceso contra un cónsul de los Estados Generales en Lisboa, que antes había estado domiciliado en Rotterdam. El decreto estipulaba que «en este país, debía demandarlo ante el juez ante el cual se lo podría demandar si viviera todavía en Rotterdam». Bynkershoek, haciendo hincapié en las palabras «*en este país*» (hier te Lande), concluye que el cónsul puede ser demandado tanto en el país en el que ejerce sus funciones como en el lugar de su domicilio [10]. Expresa acerca de los cónsules la opinión siguiente:

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

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

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

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

Más adelante dice que las funciones del cónsul, «al parecer, exigen incluso que el cónsul sea independiente de la justicia criminal ordinaria del lugar en que reside, de modo que no pueda ser molestado ni encarcelado a menos que infrinja el derecho de gentes por algún delito grave» [14]. Termina su controversia con Wicquefort por un juicio correcto, según el cual, a falta de tratados, la costumbre debe servir de norma en estos casos, puesto que, quien recibe a un cónsul, se supone que ha de recibirlo en la forma establecida por el uso [15].

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

2. Jurisprudencia de los tribunales

Asunto Barbuit (1737)

11. El Sr. Barbuit, jabonero establecido en Gran Bretaña, recibió en 1717, de parte del rey de Prusia, una comisión de agente comercial redactada en los términos de una comisión consular, que no iba dirigida al rey de Inglaterra, sino a todos los que pudiera interesar. Por ausencia del rey, la comisión fue aceptada por los Lores Jueces. En 1725, el Sr. Barbuit fue demandado por deudas, y diez años más tarde, cuando se expidió un mandamiento de detención contra él, invocó la inmunidad afirmando que era ministro público. En una decisión que alcanzó celebridad y se consideró como un precedente, el juez Talbot, después de analizar las funciones del Sr. Barbuit según los términos de la comisión, llegó a la conclusión de que no podía considerarlo sino como un cónsul y, basándose en la autoridad de Barbeyrac, Bynkershoek, Grocio y Wicquefort, se negó en 1737 a reconocerle la inmunidad [16].

---

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

[9] Vattel, *loc. cit.*

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

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

[12] *Ibid.*

[13] Vattel, *loc. cit.*

[14] *Ibid.*

[15] *Ibid.*

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

Asunto Triquet c. Bath (1761)

12. En esta causa el fallo se basa en el del proceso Barbuit [17].

Asunto Heathfield c. Clifton (1767)

13. En este proceso se decidió que a los cónsules y a los agentes comerciales, aunque sean recibidos como tales por las cortes cerca de las cuales desempeñan sus funciones, no se les aplican las normas del derecho internacional. También en esta decisión se invocó el asunto Barbuit [18].

Asunto Clarke c. Cretico (1808)

14. En ese asunto, el juez Mansfield reconoció también que el cónsul no es un ministro público. El demandado alegó la inmunidad de detención, pretendiendo que era cónsul de la Sublime Puerta e invocando la autoridad de Vattel. Fundándose en un affidavit presentado durante el proceso y según el cual el demandado había sido exonerado de sus funciones en diciembre de 1806, el juez rechazó la defensa sin haber tenido que decidir sobre el fondo de la cuestión [19].

Asunto Viveash c. Becker (1814)

15. En 1814, un comerciante llamado Becker, que residía en Gran Bretaña, fue nombrado cónsul del duque de Oldenburgo. En un proceso por deudas entablado contra él, el cónsul alegó la inmunidad de detención. Tras un análisis detallado en que se invocó nuevamente el fallo en el asunto Barbuit, el juez opinó que los cónsules no son ministros públicos y que el derecho internacional no confiere a los cónsules tal inmunidad. Rechazó la defensa [20].

Prisión preventiva del cónsul Croxal (1834)

16. En 1834, el Sr. Croxal, cónsul de los Estados Unidos en Marsella, acusado por lesiones causadas a una criada que se negó a abandonar su servicio después de haber sido despedida, fue puesto en prisión preventiva por trece días antes de la vista. No obtuvo que se lo dejara en libertad bajo fianza. Se lo absolvió de la demanda criminal, pero se lo condenó a 2.000 francos de daños y perjuicios a la parte civil y a las costas procesales [21].

Detención del cónsul británico Pritchard (1843)

17. Cuando, en virtud del tratado impuesto a la soberana de Tahití el 9 de septiembre de 1842, Francia estableció su protectorado sobre esas islas, el Sr. Pritchard, cónsul británico en Tahití, fue detenido y expulsado por las autoridades francesas que le acusaban de haber tratado, por palabras y actos, de oponerse al establecimiento de la autoridad de Francia. Se lo puso en libertad por intervención del capitán del buque de guerra *Cormoran*, a condición de que no regresara nunca a Tahití. Más tarde, el Gobierno de Francia pagó una indemnización al Sr. Pritchard [22].

Detención del cónsul papal en Nápoles en 1863

18. En 1863, fue detenido y expulsado el cónsul papal en Nápoles [23].

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

19. Cuando en 1840 el cónsul general de la República del Uruguay fue detenido en París, por iniciativa de uno de sus acreedores, antes de haber obtenido el exequátur, alegó la excepción de inmunidad de jurisdicción, que fue rechazada por los tribunales [24].

20. En Francia, antes de la ley de 22 de julio de 1867, que abolió la prisión por deudas en materia civil y comercial y con respecto a los extranjeros, los cónsules que se dedicaban a actividades comerciales podían ser juzgados por los tribunales franceses por las obligaciones contraídas en su comercio y podían ser detenidos cuando no pagaban. No podían invocar la inmunidad. Por ejemplo, en 1787, el Sr. Barclay, cónsul de los Estados Unidos de América en Burdeos, fue detenido por deudas en virtud de una orden del Parlamento, o sea, del tribunal de Burdeos. Puesto en libertad unos días después, trató de obtener, por conducto de Thomas Jefferson, un salvoconducto que lo protegiera en París. A ese fin, fue necesario el consentimiento de los acreedores [25].

3. *Convenciones internacionales*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[24] Phillimore, *op. cit.*, pág. 262.

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

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

El convenio consular del Pardo fue modificado en parte por el convenio de 7 de enero de 1862 [27].

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

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

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

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

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

26. La cláusula de la inmunidad personal se generalizó rápidamente, como demuestra el ejemplo de Francia que la introdujo en muchas convenciones consulares. Pueden citarse, entre otras, las concertadas con Italia el 26 de julio de 1862 (párr. 2 del art. 2), con Portugal el 11 de julio de 1866 (art. 2), con el Imperio Austro-Húngaro el 19 de diciembre de 1866 (art. 2), con Rusia el 1.º de abril de 1874 (párr. 2 del art. 2), con Grecia el 7 de enero de 1876 (art. 8), con la República Dominicana el 25 de octubre de 1872 (art. 8), con El Salvador el 5 de junio de 1878 (art. 8), con Bolivia el 5 de agosto de 1897 (art. 8).

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

28. En algunas convenciones de la misma época se utiliza una fórmula mucho más precisa, que exime a los cónsules únicamente de la prisión preventiva. Así, por ejemplo, en el artículo 7 de la convención consular entre Grecia e Italia de 27 (15) de noviembre de 1880 [32].

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

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

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

31. Sinembargo, en el siglo XVIII se encuentran algunas convenciones que no contienen una cláusula de inmunidad personal. Así, en el artículo 2 de la convención consular de 14 de noviembre de 1788 entre Francia y los Estados Unidos, después de confirmar la inviolabilidad de las cancillerías consulares y de los documentos archivados en ellas, se estipula en favor de los cónsules, vicecónsules, sus cancilleres y secretarios, la exención de todo servicio personal, de alojamientos de personal militar, de milicia, de somatén, de tutela, de curatela, como también de derechos, cargas e impuestos de cualquier tipo de que gozarán los cónsules respectivos que no sean propietarios de bienes muebles e inmuebles, ni comerciantes, y se indica que los funcionarios mencionados estarán a todos los efectos sometidos a las leyes del país como los nacionales [34].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Alcance de la cláusula denominada de inmunidad personal

34. El alcance de la cláusula de inmunidad personal ha sido, durante mucho tiempo, objeto de controversia. Algunos autores han querido ver en ella una verdadera exención de la jurisdicción civil y penal, salvo para los crímenes [37]. Otros, en cambio, la han interpretado como una exención de la detención y de la prisión preventiva salvo en caso de crimen, y como la exoneración de la prisión por deudas en materia civil [38].

35. La jurisprudencia de los tribunales internos discrepa asimismo en cuanto al sentido que ha de darse a la expresion « inmunidad personal ». Así, por ejemplo, el Tribunal de Apelación de París, en su fallo de 2 de marzo de 1868, en el asunto G contra G, cónsul general de Italia en Lyon, se negó a admitir que la cláusula de inmunidad personal contenida en el párrafo 2 del artículo 2 de la convención consular franco-italiana de 26 de julio de 1862 constituía una estipulación reconociendo la inmunidad de jurisdicción [39]. El mismo Tribunal de Apelación, en un fallo de 8 de enero de 1886 dictado en el asunto Syndic Cercle Taitbout contra d'Oliveira, vicecónsul de Portugal en París, después de anular un fallo del Tribunal de Comercio del Sena, de 2 de mayo de 1883, se declaró competente para entender en las acciones civiles y penales contra el Sr. d'Oliveira que, para sustraerse a la jurisdicción francesa, invocaba los términos del párrafo 3 del artículo 2 de la convención consular franco-portuguesa de 11 de junio de 1866. En efecto, este párrafo estipulaba que los cónsules « gozarán... de inmunidad personal salvo para los hechos y actos que la legislación penal de cada uno de los dos países califique de crímenes y castigue como tales; y si son comerciantes, la prisión por deudas se les podrá aplicar sólo por los actos de comercio y no por causas civiles » [40]. En cambio, el Tribunal Correccional del Sena en una sentencia de 8 de julio de 1890, en el curso de una causa entablada contra el canciller del Consulado General de Grecia, Manolopoulo, de nacionalidad helénica, por injurias, difamación y agresión se declaró incompetente, considerando que la frase « no podrán ser detenidos ni encarcelados » contenida en el artículo 8 de la convención consular franco helénica de 7 de enero de 1876 significaba que los funcionarios consulares a que se refería dicha convención no podían ser condenados a una pena de prisión [41]. El Tribunal de Toulouse, en una sentencia de 10 de julio de 1890, dictada en el asunto Lafforgue c. del Pedroso, consideró que los términos del artículo 12 de la convención consular franco-española de 7 de enero de 1862 estipulaban la inmunidad de jurisdicción, sobre todo en lo referente a las deudas y otras causas civiles que no envolvían delito ni la idea de delito [42].

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

5. Resumen de la doctrina y de la práctica

37. Desde muy temprano, la mayor parte de la doctrina niega a los cónsules las inmunidades diplomáticas y, sobre todo, la inmunidad de la jurisdicción. Esta era, en particular, la opinión de Wicquefort, Bynkershoek, Vattel, Klüber, Holtzendorff, G. F. Martens, Geffcken y otros [43]. Pero la mayoría de los autores, influidos por Vattel, reconocen en principio a los cónsules la inmunidad personal salvo para los casos de delito (infracción grave). La opinión de Vattel ha sido citada a menudo por los tribunales y la opinión de los autores se vio reforzada por la conclusión de muchas convenciones que estipulan la inmunidad personal para los cónsules, expresión cuyo uso análogo en derecho diplomático podía permitir que se la interpretara como que significaba una exención

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

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

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

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

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

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

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

[42] *Ibid.*, pág. 908.

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

de la jurisdicción ordinaria [44]. Así, G. F. Martens reconoce que los cónsules, aunque están sometidos a la jurisdicción civil y penal del país de residencia, no pueden ser detenidos ni encarcelados sino por un crimen [45]. Esta opinión es compartida por Bulmerincq [46] y varios otros autores.

38. En los siglos XVII y XVIII se adoptó en los países anglosajones una actitud contraria a los privilegios de los cónsules. Así fue como, por los dictámenes de los asesores jurídicos del Rey, en Gran Bretaña los cónsules no tenían derecho a ningún privilegio. Este parecer está perfectamente ilustrado por el informe de 13 de noviembre de 1956, del Sr. Harding, en el cual éste opina que los cónsules extranjeros en Gran Bretaña y en sus Colonias no tenían derecho a reclamar sino los privilegios que pudieran concederles los tratados en vigor [47]. Según dicho informe, el poder ejecutivo o las autoridades locales conceden ciertas ventajas a los cónsules, a su arbitrio por el uso o por cortesía. Según el derecho inglés, los cónsules están sometidos a la jurisdicción civil y penal y no se les reconoce ningún privilegio jurídico [48].

39. La posición de los Estados Unidos de América está definida en la respuesta dada por el Secretario de Estado Lansing, el 15 de julio de 1905, a una pregunta del Ministro Plenipotenciario de los Estados Unidos en Venezuela, respu ta en laesque se informaba a este último que, a falta de disposiciones convencionales entre los Estados Unidos y Venezuela en las que se definan los derechos, privilegios e inmunidades de los cónsules (consular officers), éstos gozan únicamente de los derechos, privilegios e inmunidades que necesariamente lleva consigo el ejercicio adecuado de sus funciones o bien de los consagrados por una larga costumbre o por las leyes particulares del lugar de su residencia. En todos los demás casos, según la respuesta citada, están sometidos a las leyes del país de residencia exactamente como las demás personas, cualquiera que sea su nacionalidad [49]. Este parecer está de acuerdo con la jurisprudencia anterior de los tribunales de los Estados Unidos [50].

40. Por último, una parte de la doctrina, negándose a tener en cuenta las profundas transformaciones experimentadas por la función consular, siguió durante mucho tiempo sosteniendo que los cónsules son ministros públicos y constituyen una categoría de representantes diplomáticos del Estado. Esta diversidad de opiniones acerca de la cuestión de las inmunidades consulares, sobre todo de la cuestión de la inviolabilidad de los cónsules, que resulta de las discrepancias de opinión acerca de la naturaleza misma de la institución consular y de la condición de los cónsules, explica la divergencia que se advierte en la doctrina del derecho internacional hasta fines del siglo XIX en cuanto a la materia que es objeto de este examen. De Cussy sostiene que las atribuciones de los cónsules hacen de ellos ministros públicos y que deben participar, al igual que los demás ministros públicos, de una categoría más alta en cuanto a las inmunidades que el derecho internacional reconoce a estos ministros públicos [51]. Engelhardt presentó en 1891, a la reunión del Instituto de Derecho Internacional en Hamburgo, un proyecto de reglamento según el cual los cónsules que él había propuesto denominar « agentes comerciales », tienen la categoría de ministros públicos y como tales gozan de privilegios e inmunidades diplomáticas (art. 2), pero están sometidos a las leyes territoriales por todos los actos ajenos a su función pública (art. 4) [52]. Sin embargo, en la reunión de 1896 en Venecia, propuso que se incluyera una disposición según la cual los cónsules no pueden ser detenidos ni arrestados sino por hechos calificados como delitos por la legislación del país en que residan [53].

6. Proyectos de codificación

41. Cabe advertir que la opinión favorable a la inmunidad personal, defendida por autores eminentes y consagrada por muchas convenciones consulares, ha hallado su expresión en los proyectos de codificación elaborados tanto personalmente por algunos autores como por corporaciones científicas. Bluntschli admite la detención de un cónsul, pero únicamente en caso de necesidad (*Notfall*). Advierte que en esos casos hay que tener para con el Estado que envía la deferencia que imponen los intereses de la función consular y el honor del Estado [54].

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

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

---

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

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

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

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

[48] *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) En caso de delito flagrante o de crimen;

b) En materia de acciones reales, entre otras las acciones posesorias que se refieran a bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio;

c) Cuando el cónsul mismo haya entablado o aceptado la causa ante la juridicción local.

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

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

Sección II. El derecho en vigor

1. Actos propios de la función

44. En mi primer informe se demostró que, en virtud del derecho internacional general, los cónsules y miembros del personal consular no se hallan sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado de residencia, por lo que se refiere a los actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones (actos propios de la función) [60]. La inmunidad reconocida a los cónsules por los actos propios de la función no es en rigor una inmunidad personal del cónsul, sino una inmunidad reconocida al Estado que envía, en lo que atañe a los actos oficiales de un Estado soberano. Esos actos están exentos de la jurisdicción del Estado de residencia, tanto de la jurisdicción civil, como de la penal y la administrativa. A este respecto, no nos parece definitiva la conclusión a que llegó el Subcomité establecido por el Comité de Expertos para la codificación progresiva del derecho internacional sobre la condición jurídica de los cónsules. Mientras en ese informe se reconoce que los cónsules gozan de la exención de jurisdicción civil « para lo que se refiere al ejercicio de sus funciones », se afirma en términos absolutos que los cónsules no tienen inmunidad de jurisdicción penal, sin que se admita ninguna excepción por los actos propios de la función [61]. Si los cónsules están exentos de la jurisdicción civil por los actos propios de la función, también deben estarlo, *a fortiori*, de la jurisdicción penal por lo que hace a esos mismos actos. El fundamento de esta excepción es en efecto el mismo: el respeto debido a la soberanía de un Estado extranjero.

45. La opinión que prevaleció en el Comité mencionado en el párrafo anterior permitirá tal vez explicar por qué algunos autores abrigan ciertas dudas a este respecto. Por ejemplo, en las primeras ediciones del conocido tratado de Oppenheim se indica que en las innumerables convenciones concertadas se limita, en el caso de los cónsules, la jurisdicción penal a los delitos más graves [62], mientras que en las últimas ediciones, refiriéndose a la práctica general, se advierte cierta vacilación respecto de este extremo [63].

2. Actos que no son propios de la función

46. En cuanto a los actos que no se ejecutan en el ejercicio de las funciones consulares, en la actualidad se admite casi universalmente que, cuando los tratados no estipulan lo contrario, los cónsules están sometidos a la jurisdicción civil y penal del Estado de residencia [64].

---

[57] *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

47. Si bien en la actualidad se reconoce casi universalmente que los cónsules están sometidos a la jurisdicción del Estado de residencia en cuanto a los actos que no realizan en su capacidad oficial, se manifiesta asimismo, tanto en la doctrina como en la práctica de los Estados, una considerable corriente de opiniones que reconocen la inviolabilidad personal de los cónsules. Esta inviolabilidad no es absoluta como la de los representantes diplomáticos, sino limitada a las infracciones de menor importancia. Entre los tratadistas de derecho internacional hay muchos partidarios de la tesis de la inviolabilidad de los cónsules [65]. La mayoría de los autores que están en favor de la inviolabilidad personal admiten generalmente que deben excluirse los casos en que los cónsules cometan un delito o una infracción particularmente grave, en lo cual se atienen a las disposiciones de muchas convenciones consulares.

48. La opinión favorable a la inviolabilidad se ha manifestado también en los proyectos de codificación más recientes. Por ejemplo, un proyecto preparado por la Comisión Panamericana de Jurisconsultos en 1927, estipula en el artículo 19 que, en cuanto a los actos no oficiales, los cónsules están sometidos a los tribunales del Estado en que ejercen sus funciones, pero dispone en el artículo 16 que pueden ser encarcelados o detenidos por un delito grave [66]. De ello se infiere, a contrario, que no se permite el encarcelamiento o la detención de los cónsules en el caso de una infracción que no pueda calificarse de delito grave. El proyecto de Harvard contiene en el artículo 20 una fórmula análoga. Según ese artículo, el Estado de residencia tiene la obligación de eximir al cónsul de toda detención, salvo por un delito grave [67]. El comentario referente a ese artículo explica que esa exención, en caso de infracción de menor importancia, se reconoce tan generalmente en la legislación nacional, los tratados y la práctica diplomática, que puede constituir una regla de derecho internacional general [68].

a) *La jurisprudencia de los tribunales nacionales*

49. Si bien no puede considerarse que la jurisprudencia de los tribunales nacionales sobre cuestiones de derecho internacional constituya en rigor la práctica de los Estados, en cambio facilita algunas indicaciones interesantes sobre la interpretación dada por los tribunales a las convenciones internacionales y a las normas de derecho internacional, en una esfera donde no existe práctica estatal bien establecida. También facilita elementos de juicio sobre cuestiones en relación con las cuales el derecho internacional no se ha desarrollado suficientemente en la práctica de los Estados o es objeto de controversia. Por ello resulta interesante advertir que la jurisprudencia de los tribunales internos interpreta la expresión « inmunidad personal », empleada en muchas convenciones consulares concertadas en el siglo pasado, en el sentido de inviolabilidad personal y no en el de inmunidad jurisdiccional.

50. Es cierto que a fines del siglo XIX, al interpretar las convenciones consulares, varios tribunales franceses adoptaron la opinión favorable a la tesis que defiende la exención de los cónsules de la jurisdicción del Estado de residencia. Así ocurrió, en particular, en el caso ya mencionado del Sr. Manolopoulo, canciller del consulado general de Grecia en París, en 1890 [69], y en el proceso entablado contra el vicecónsul británico Lee Jortin, en Dieppe, el año 1900 [70]. Pero ya en el caso referente al cónsul de los Estados Unidos de América en Francia, Sr. King, entablado ante el tribunal correccional del Sena, se advierte un cambio de opinión. Ese tribunal, fundándose en el texto de la convención consular de 23 de febrero de 1853 (art. 2), y considerando que esa disposición significa que en materia penal los cónsules y agentes consulares norteamericanos no pueden ser enjuiciados ante los tribunales franceses, salvo en caso de delito, decidió que no se podía citar al cónsul de los Estados Unidos para que compareciera ante el tribunal correccional (fallo del 3 de julio de 1911). El Tribunal de apelación de París, fundándose en el informe documentado del asesor Le Poitterin, confirmó el fallo de primera instancia (fallo de 14 de diciembre de 1911). Pero el Tribunal de casación casó el fallo del Tribunal de apelación por decisión de 23 de febrero de 1912, fundándose principalmente en dos notas del Ministerio de Relaciones Exteriores de 25 de noviembre y de 4 de diciembre de 1911, según las cuales la cláusula de inmunidad personal debía entenderse, con arreglo a la interpretación de ambas partes contratantes, no como una inmunidad de jurisdicción en materia penal, sino solamente como una exención de detención y de prisión preventivas [71]. Esta interpretación de la convención de 1853 fue luego impugnada por el Departamento de Estado, cuando el director de los servicios de pasaportes del consulado de los Estados Unidos en París, Sr. Biglow, fue citado en 1926 ante el tribunal correccional del Sena, por complicidad en el delito de difamación que supuestamente había cometido al revelar a un periodista los motivos por los cuales no había otorgado el visado de un pasaporte. Una vez citado el cónsul ante el tribunal, alegó la excepción de incompetencia, afirmando que no se le podía emplazar válidamente ante los tribunales franceses porque gozaba de inmunidad personal según lo dispuesto en el artículo 2 de la convención consular de 23 de enero de 1853. Arguyó, además, que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida estipulada en el artículo 12 de dicha convención, gozaba de la inmunidad personal concedida a los cónsules griegos en Francia por la convención consular de 7 de enero de 1876 entre Francia y Grecia, según la cual « los cónsules generales, cónsules, consules aspirantes, cancilleres y vicecónsules o

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

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

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

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

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

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

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

agentes consulares, ciudadanos del Estado que los nombra, gozarán de inmunidad personal; sólo podrán ser detenidos o encarcelados por los actos que la legislación penal del país de su residencia califique de delitos y castigue como tales » (art. 8). El cónsul mencionado alegó además que en virtud del derecho internacional, el tribunal era incompetente, ya que los cónsules no pueden ser citados nunca ante los tribunales del país de residencia, por actos propios de sus funciones e incluso por faltas que tengan que ver con esos actos. En el curso del proceso se presentó al tribunal una comunicación en la cual el Departamento de Estado impugnaba la interpretación dada a la expresión « inmunidad personal » por el Ministerio de Relaciones Exteriores francés en el asunto King en 1911. Según dicha comunicación, tal expresión tenía por objeto garantizar a los cónsules de los Estados Unidos de América tanto la inmunidad de detención y encarcelamiento por sentencia de un tribunal, como la inmunidad de detención y prisión preventivas [72]. El tribunal se declaró competente para conocer del asunto. En la motivación de la sentencia se refirió a la decisión anterior en el asunto King y expresó que si bien la convención franco-helénica de 1876, a diferencia de la de 1853, se refería expresamente a la exención de detención y de encarcelamiento, no eximía de modo expreso a los funcionarios consulares de los dos países contratantes de la jurisdicción de los respectivos tribunales de dichos países. En cuanto a los hechos imputados al cónsul, el tribunal concluyó que el cónsul, al dar a conocer a terceros los motivos de su negativa, había excedido los límites de sus funciones [73].

51. El Cónsul General de Italia, acusado de difamación ante el tribunal de Graz, en Austría, alegó la excepción de incompetencia, invocando la convención consular firmada el 15 de mayo de 1874 entre el ex Imperio austro-húngaro e Italia. El tribunal de primera instancia rechazó la excepción, pero el tribunal de apelación decidió que no podía instruirse ningún proceso contra dicho cónsul. El Tribunal Supremo de Austria casó esta decisión, advirtiendo que la inmunidad personal de jurisdicción no es lo mismo que la exención total de la jurisdicción de los tribunales nacionales, y estimó que esta inmunidad consiste únicamente en la exención de la ejecución y de la prisión en lo que se refiere a la persona del cónsul [74].

52. En Italia, el cónsul general de Yugoeslavia en Génova, acusado de haber herido mortalmente a un peatón con su automóvil en 1930, fue condenado por el tribunal de primera instancia a ocho meses de prisión y a una multa. El tribunal de apelación revocó la sentencia, estimando que no podía entablarse ningún procedimiento contra un cónsul extranjero. El tribunal de casación llegó a la conclusión de que debía restablecerse la sentencia del tribunal de primera instancia y casó la sentencia del tribunal de apelación. En los motivos de su decisión, el tribunal de casación reconoció que la cláusula de la nación más favorecida, contenida en la convención consular firmada entre Italia y Yugoeslavia el 21 de agosto de 1924, debía interpretarse en relación con la convención consular franco-italiana de 26 de julio de 1862, ya que según la opinión de las dos partes en litigio Francia era la nación más favorecida. Dicho tribunal emitió una opinión totalmente errónea, al afirmar que dicha inmunidad se refería únicamente a la detención como medida de procedimiento, por ejemplo, la detención por ofensas al tribunal, etc. [75].

53. En los Estados Unidos de América, en un proceso civil entablado contra el cónsul rumano Tarcuano ante un tribunal del distrito sur de Nueva York, el 5 de febrero de 1935, el cónsul, invocando la cláusula de la nación más favorecida contenida en el artículo 12 de la convención consular entre los Estados Unidos y Rumania, de 17 de junio de 1881, alegó la exención de la jurisdicción civil, refiriéndose al artículo 2 de la convención consular de 23 de febrero de 1885 entre los Estados Unidos de América y Francia. El tribunal rechazó esta excepción afirmando que los cónsules están sujetos a la jurisdicción civil y penal de los tribunales del país de residencia y sostuvo que no hay ninguna razón para considerar que la inmunidad personal se refería a nada más que la inmunidad de detención o encarcelamiento, salvo el caso de delito [76].

54. En la Argentina, habiendo sido acusado un cónsul de Chile en Río Gallegos de una infracción penal, el tribunal de primera instancia remitió la causa a la Suprema Corte de acuerdo con lo dispuesto en el artículo primero (párr. primero) de la Ley 48, según el cual la Suprema Corte conocerá de las causas en que se versen los privilegios y exenciones de los cónsules y vicecónsules extranjeros en su carácter público. Sin embargo, la Suprema Corte devolvió la causa al tribunal de primera instancia que, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley citada, era competente para conocer de las causas que versan sobre negocios particulares de un cónsul o vicecónsul extranjero (párr. 3), señalando que entre las acciones relativas a los asuntos privados de los cónsules hay que incluir todas las que, tanto en materia civil como en materia penal, tienen su origen en actos privados de los funcionarios mencionados, ejecutados fuera del ejercicio de las funciones propias de su cargo. Añadió que, en materia penal, la posibilidad de que pueda privarse al acusado de su libertad no puede modificar la naturaleza del asunto, considerado desde el punto de vista de la jurisdicción [77].

b) *Tratados internacionales*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

59. Para definir dichas excepciones se emplean varios métodos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

f) Aparte la detención *provisional*, admitida en determinadas condiciones, se excluye la exención de encarcelamiento en varias convenciones cuando se trata de la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal. Este procedimiento se usa en las convenciones consulares entre Alemania y Turquía, de 28 de mayo de 1929 (art. 11, párr. 2); entre Alemania y Bulgaria, de 4 de junio de 1929 (art. 12, párr. primero); entre la URSS y la República Federal de Alemania, de 25 de abril de 1958 (art. 8, párr. 2); entre la URSS y Austria, de 28 de febrero de 1959 (art. 7, párr. 2).

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

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

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

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

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

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

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

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

66. Por último, en algunas convenciones se dispone que por todos los asuntos que no tienen que ver con el ejercicio de sus funciones, los cónsules están sometidos a la jurisdicción del Estado de residencia. Esta disposición excluye, al parecer, toda inviolabilidad, excepto la que va implícita en la inmunidad de jurisdicción que tienen los cónsules por los actos propios de sus funciones. Así, por ejemplo, el tratado de amistad y de relaciones consulares entre Dinamarca y Paraguay, de 18 de julio de 1903, estipula que los cónsules están sometidos, en cuanto a su persona y a sus bienes y en todo lo que no concierne a las funciones oficiales, a las leyes del país en que residen, al igual que las demás personas particulares [82]. Se encuentra una fórmula análoga en la convención consular entre Italia y Turquía, de 9 de septiembre de 1929 (párr. 2 del art. 11) [83].

c) *Legislaciones y prácticas nacionales*

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

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

69. Según lo dispuesto en el artículo 84 del Código Administrativo de la República Socialista Soviética de Ucrania, las autoridades de policía y los órganos del departamento de la instrucción criminal no pueden detener a los representantes consulares de los Estados extranjeros [85].

70. En Noruega, el rescripto de 8 de abril de 1771 confiere a los cónsules en el ejercicio de sus funciones la inmunidad de la jurisdicción noruega por lo que se refiere a su persona. Ese rescripto precisa que si el cónsul es propietario de una casa o de otros bienes en Noruega, tiene todas las obligaciones y responsabilidades correspondientes. Añade que cuando el cónsul se dedica a actividades comerciales se halla sometido a la Constitución y a las leyes noruegas y también, por consiguiente, a la jurisdicción del lugar en que resida, como los demás súbditos noruegos [86].

---

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

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

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

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

[86] *Ibid.*, pág. 224.

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

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

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

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

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

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

77. Al prever expresamente que los cónsules se hallan sometidos a la jurisdicción civil y penal del país de residencia, la legislación de algunos Estados supedita la acción contra los cónsules al consentimiento del gobierno o de otro órgano del Estado, o incluso reserva a los tribunales superiores la jurisdicción sobre los cónsules en materia civil o penal. Así, en el Brasil, el Decreto N.º 855, de 6 de noviembre de 1851, que regula las exenciones y atribuciones de los cónsules extranjeros, estipula que los cónsules (agentes consulares) extranjeros están sometidos a las autoridades del país en materia civil y en lo que respecta a las infracciones personales (art. 17). Sin embargo, dispone que un cónsul no puede ser encarcelado sin la autorización del Gobierno del Brasil, salvo cuando se trate de infracciones que haya cometido en calidad de comerciante o de infracciones cuya gravedad excluya la libertad bajo fianza (as do not admit bail). El Gobierno del Brasil puede autorizar al tribunal competente para que juzgue al cónsul o, por razones importantes, entregarlo al gobierno del Estado que envía o, cuando estas medidas no sean suficientes, expulsarlo del país o retirarle el exequátur [93]. En el Japón, el Reglamento de 1923, sobre las obligaciones de la policía judicial, pertenece a la misma categoría de disposiciones legislativas, pues estipula que sin las instrucciones del fiscal no puede entablarse ningún proceso contra los cónsules y los funcionarios consulares nacionales del Estado que los ha nombrado, cuando se sospeche que han cometido una infracción. Sin embargo, esta diposición no era aplicable en el caso de una infracción grave, en el que no se concedía ningún plazo [94].

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

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

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

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

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

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

---

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

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

[89] *Ibid.*, pág. 238.

[90] *Ibid.*, pág. 122.

[91] *Ibid.*, pág. 24.

[92] *Ibid.*, pág. 114.

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

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

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

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

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

81. Según las disposiciones legislativas de los Estados Unidos de América, los miembros del personal consular extranjero en los Estados Unidos están sometidos a la jurisdicción local, salvo por los actos propios de la función, a menos que se disponga otra cosa en los tratados internacionales. Por lo que hace a la detención y al enjuiciamiento por otros actos, esas disposiciones prevén que los cónsules y los miembros del personal consular extranjero sean tratados con respeto y cortesía [98]. La ley N.º 109, de 14 de marzo de 1906, sobre las misiones consulares extranjeras en Honduras, garantiza que el funcionario detenido podrá ser llevado a la oficina consular y dispondrá del tiempo necesario para poner en orden los informes y los documentos del consulado, sellarlos y ponerlos en lugar seguro (arts. 51 y 52) [99].

82. Varias legislaciones protegen a los cónsules de un Estado extranjero contra ofensas o ataques de terceros. Por ejemplo, el Código penal de Polonia de 1932 castiga la injuria a un cónsul extranjero en el ejercicio de sus funciones oficiales con una pena de prisión hasta de dos años (art. 132). El culpable de agresión o amenazas a un cónsul de un Estado extranjero durante el ejercicio de sus funciones oficiales o con ocasión de las mismas, puede ser castigado con una pena de prisión hasta de cinco años [100].

83. En Israel, según lo dispuesto en el artículo 77 de la Ordenanza de 1936 sobre el Código penal, la publicación de un texto, diseño o imagen que tenga por objeto denigrar, insultar o exponer al odio o al desprecio públicos a un dignatario de un Estado extranjero (por consiguiente, a un cónsul también), se considera como un delito y puede ser castigada con una multa de 100 libras. Si la publicación puede tener o tiene por objeto poner en peligro la paz y la amistad entre Israel y cualquier otro Estado o territorio, ese acto se castiga como el delito correspondiente [101].

Sección III. Propuestas de codificación

A

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

B

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

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

[99] *Ibid.*, pág. 159.

[100] *Ibid.*, pág. 245.

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

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

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

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

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

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

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

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

C

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

Artículo...

Inviolabilidad personal

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

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

3. En el caso en que se entable un procedimiento penal contra un funcionario consular no podrá obligársele nunca a comparecer ante el tribunal. Este podrá invitarle por escrito a que se presente a declarar. Si el funcionario se niega a hacerlo, el tribunal le pedirá que declare por escrito, cuando la legislación del Estado de residencia la autorice. En caso contrario, la autoridad judicial se trasladará a la residencia del funcionario, a fin de recoger su declaración en las formas prescritas por la legislación del Estado de residencia.

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

SEGUNDA PARTE

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

SECCIÓN I

1. Introducción

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

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

2. Consideraciones generales

3. La cláusula de la nación más favorecida es una disposición de orden convencional por la cual las partes contratantes se confieren mutuamente el derecho a obtener las condiciones más ventajosas que concedan o puedan conceder en lo futuro a un tercer Estado [102].

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

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

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

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

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

7. Con excepción del caso a que se refiere el párrafo anterior, el fundamento jurídico del régimen de la nación más favorecida se halla en el tratado básico por el cual los dos Estados se conceden dicho régimen. Este tratado es el que establece la relación jurídica entre el Estado beneficiario y el privilegio concedido a un tercer Estado, sea que la concesión se haga en forma de un tratado internacional o de una ley nacional, o sea que resulte de un privilegio de hecho [105].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Por « reciprocidad » debe entenderse la situación en la cual un Estado garantiza a otro, a sus representantes, a sus nacionales, a sus naves y a sus productos un trato igual o equivalente al que este último Estado le garantiza [114]. La cláusula de reciprocidad, así como la cláusula de la nación más favorecida, puede adoptar, sea una forma general, sea una forma especial, sea una forma limitada. Puede referirse sea a una reciprocidad abstracta o formal, sea a una reciprocidad concreta. La primera asegura la identidad de trato en una esfera determinada, pero no necesariamente las mismas condiciones favorables en un caso determinado como, por ejemplo, cuando uno de los dos Estados concede a un tercer Estado, para una cuestión determinada, el mismo trato que a sus nacionales [115]. La segunda, por lo contrario, permite a un Estado exigir para sí, para sus representantes, nacionales, naves y productos el mismo trato efectivo que él concede en su territorio al otro Estado, aunque en tal caso el Estado que concede ese trato establezca una distinción entre los nacionales del Estado beneficiario y los de otros Estados extranjeros.

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

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

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

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

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

16. La importancia que en los siglos XVII y XVIII concedían los mercantilistas al comercio exterior, que algunos de ellos, por ejemplo Colbert, concebían como una guerra de dinero [117], explica la aparición en los tratados internacionales de la cláusula denominada cláusula condicional de nación más favorecida, a veces, también, cláusula onerosa. Según esta cláusula, el Estado beneficiario sólo puede obtener una ventaja concedida a un tercer Estado mediante una compensación proporcionada por éste, en el caso de que el mismo proporcione también una compensación equivalente. Esta forma de la cláusula fue introducida en la práctica internacional por los Estados Unidos de América en su tratado de amistad y de comercio con Francia, de 6 de febrero de 1778 [118]. Posteriormente, este concepto de la cláusula se extendió en la práctica de algunos Estados, por vía de interpretación, incluso a los casos en que la cláusula convenida estaba redactada en forma incondicional.

---

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

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

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

[113] *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

18. La aplicación de la cláusula condicional presupone un acuerdo con el Estado concedente respecto de la compensación ofrecida que dicho Estado puede aceptar o rechazar a su arbitrio. En algunos tratados se prevé expresamente ese acuerdo. Una cláusula de este tipo encierra toda clase de posibilidades de exigir no sólo en materia económica sino, también, en la esfera política, compensaciones inaceptables para el Estado beneficiario. En vez de garantizar la igualdad de trato, que es la principal finalidad de la cláusula de la nación más favorecida, la cláusula condicional origina distinciones. Por esto, hay que aceptar sin reserva la opinión del Sr. H. F. Oppenheim, quien afirma que la cláusula condicional se denomina equivocadamente cláusula de la nación más favorecida [121]. Además, por estas razones, la cláusula condicional ha sido criticada por la mayoría de los tratadistas europeos. Los Estados Unidos de América la abandonaron en materia comercial después de concertar el tratado con Alemania, de 8 de diciembre de 1923 (párr. 4 del art. VII) [122]. Sin embargo, incluso después de esa fecha, el Departamento de Estado ha interpretado como cláusula condicional toda cláusula de la nación más favorecida insertada en los tratados concertados con gobiernos extranjeros sobre privilegios e inmunidades consulares [123].

19. Cabe advertir que la cláusula condicional fue condenada expresamente por el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones, precisamente por establecer una distinción [124]. Puede considerarse que, en la actualidad, ya no se la aplica. Por esta razón, la cláusula a la que se denomina de la nación más favorecida, en lo que sigue de este informe, es la cláusula incondicional.

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

a) El tráfico fronterizo, y

b) El caso de las uniones aduaneras,

y esto, incluso cuando estas excepciones no han sido estipuladas por las partes contratantes [125]. Estas excepciones se justifican por la esencia misma de la cláusula y por la naturaleza específica de las relaciones económicas y jurídicas de que se trata. Las mismas razones existen para excluir de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida los acuerdos concertados entre Estados sin litoral y los países que los separan del mar con objeto de reglamentar el ejercicio del derecho de todo Estado sin litoral a tener libre acceso al mar [126].

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

Sección II. Aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en la esfera de las relaciones e inmunidades consulares

1. Introducción

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

a) A los poderes y a los privilegios e inmunidades de los cónsules;

b) Al trato concedido a los cónsules en general;

c) A los privilegios, inmunidades y prerrogativas de los cónsules;

d) A inmunidades o ventajas particulares;

e) Al establecimiento y localización de los consulados.

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

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

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

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

[121] *Op. cit.*, pág. 41.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

26. Existen muchos tratados que contienen, en una forma u otra, la cláusula de la nación más favorecida con referencia a los poderes o funciones de los cónsules. Basta citar, como ejemplos, la Convención entre Alemania y Austria, de 1.º de septiembre de 1920, relativa a las relaciones económicas (párr. 2 del art. 25); el Tratado de comercio y de navegación entre los Estados Unidos de América y Alemania, de 8 de diciembre de 1923 (párr. 2 del art. XVII); el Tratado entre la Gran Bretaña y Afganistán, de 22 de noviembre de 1921, para el establecimiento de relaciones de buena vecindad (art. 5); el Tratado de comercio y de navegación entre la Gran Bretaña y Grecia, de 16 de julio de 1926 (párr. 2 del art. 22); la Convención de comercio entre Grecia y Suecia, de 10 de septiembre de 1926 (párr. 2 del art. 10); la Convención de establecimiento y de protección entre Grecia y Suiza, de 1.º de diciembre de 1927 (párr. 3 del art. 12); el Acuerdo comercial entre Francia y Alemania, de 17 de agosto de 1927 (párr. 2 del art. 46); el Tratado de comercio y de navegación entre Alemania y Yugoeslavia, de 6 de octubre de 1927 (párr. 2 del art. 29); la Convención de comercio y de navegación entre Grecia y Noruega, de 29 de junio de 1927 (párr. 2 del art. 10); el Tratado de amistad entre Polonia e Irán, de 19 marzo de 1927 (art. III); la Convención de comercio y de navegación entre Hungría y Suecia, de 8 de noviembre de 1928 (párr. 2 del art. 13); el Tratado de comercio entre Colombia y Suecia, de 9 de mayo de 1928 (párr. 2 del art. III); el Tratado de comercio entre Austria y Dinamarca, de 6 de abril de 1928 (párr. 2 del art. XIX); la Convención de comercio y de navegación entre Dinamarca y Grecia, de 22 de agosto de 1928 (párr. 2 del art. XI); el Tratado de comercio, de navegación y consular entre los Estados Unidos de América y Alemania, de 8 de diciembre de 1923 (párr. 2 del art. XVII); la Convención consular entre los Estados Unidos de América y Filipinas, de 14 de marzo de 1947 (art. XIV); el Tratado entre la República de Filipinas y el Estado español sobre derechos civiles y artribuciones consulares, de 20 de mayo de 1948 (párr. 4 del art. IV); la Convención consular entre los Estados Unidos de América y Costa Rica, de 12 de enero de 1948 (párr. 2 del art. 1); el Tratado de paz y amistad entre la India y Nepal, de 31 de julio de 1950 (párr. 3 del art. 4).

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

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

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

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

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

---

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

[128] *Ibid.*, vol. LIII, pág. 39.

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

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

4. Cláusula referente a los privilegios y las inmunidades consulares

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

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

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

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

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

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

32. Entre las convenciones más recientes, hay muchas que utilizan la cláusula de la nación más favorecida, limitándola a los privilegios e inmunidades consulares. Conviene citar, entre otras, la Convención consular entre Italia y Checoeslovaquia de 1.º de marzo de 1924 (art. 5), que menciona las exenciones, prerrogativas, inmunidades, honores y privilegios; la Convención consular y de establecimiento entre Albania y Yugoeslavia, de 22 de junio de 1926 (párr. 1 del art. 8); el Tratado de amistad, de comercio y de navegación entre Noruega y Tailandia, de 16 de julio de 1926 (párr. 3 del art. XVII); el Tratado consular, de navegación, de derechos civiles y comerciales y de establecimiento entre España y Grecia, de 23 de septiembre de 1926 (párr. 1 del art. 10); la Convención de comercio y de navegación entre Chile y Noruega, de 9 de febrero de 1927 (párr. 2 del art. 4); la Convención de comercio y de navegación entre Finlandia y Checoeslovaquia, de 2 de marzo de 1927 (párr. 2 del art. 14); el Canje de notas referente a la representación diplomática y consular entre los Estados Unidos de América y Nepal, de 25 de abril de 1947 (art. 2, *in fine*); el Canje de notas que constituye acuerdo de amistad y de comercio entre los Estados Unidos de América y Yemen, de 4 de mayo de 1946 (art. II); el Acuerdo provisional entre los Estados Unidos de América y Filipinas, de 4 de julio de 1946, referente a las relaciones amistosas entre los dos países y su representación diplomática y consular (art. III).

5. Cláusula referente a una inmunidad determinada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

las atribuciones de los cónsules respectivos en cada una de las repúblicas contratantes [133]. La cláusula sobre el establecimiento de los consulados se halla incluida, entre otros, en los siguientes tratados : Tratado de comercio, de navegación y consular entre los Estados Unidos de América y Alemania, de 8 de diciembre de 1923 (párr. 1 del art. XVII); entre Italia y Yugoeslavia, de 21 de agosto de 1924 (párr. 2 del art. 10); Acuerdo comercial provisional entre Alemania y la Unión Belgo-Luxemburguesa, de 4 de abril de 1925 (párr. 1 del art. 14); entre Francia y Polonia, de 30 de diciembre de 1925 (párr. 1 del art. 1); Tratado de comercio y de navegación entre Alemania y Suecia, de 14 de mayo de 1926 (párr. 1 del art. 22); Tratado de comercio y de navegación entre Noruega y Tailandia, de 16 de julio de 1926 (párr. 1 del art. XVII); Tratado de comercio y de navegación entre la Gran Bretaña y Grecia, de 16 de julio de 1926 (párr. 1 del art. 22); Convención de comercio entre Grecia y Suecia, de 10 de septiembre de 1926 (párr. 1 del art. 10); Tratado consular, de navegación, de derechos civiles y comerciales y de establecimiento entre España y Grecia, de 23 de septiembre de 1926 (párr. 1 del art. 8); Convención de comercio y de navegación entre Chile y Noruega, de 9 de febrero de 1927 (párr. 1 del art. 4); Acuerdo comercial entre Francia y Alemania, de 17 de agosto de 1927 (párr. 1 del art. 46); Convención de establecimiento y de protección entre Grecia y Suiza, de 1.º diciembre de 1927 (párr. 1 del art. 12); Acuerdo comercial entre Finlandia y Suecia, de 14 de diciembre de 1927 (párr. 1 del art. 14); Tratado de comercio entre Colombia y Suecia, de 9 de marzo de 1928 (párr. 1 del art. III); Convención consular entre México y Panamá, de 9 de junio de 1928 (art. 1); Convención de comercio y de navegación entre Dinamarca y Grecia, de 22 de agosto de 1928 (párr. 1 del art. XI); Tratado consular entre Alemania y Turquía, de 28 de mayo de 1929 (párr. 1 del art. 2); Tratado de amistad, de comercio y de navegación entre el Japón y Tailandia, de 8 de diciembre de 1937 (párr. 1 del art. 25); Tratado de amistad, de comercio y de navegación entre Dinamarca y Tailandia, de 5 de noviembre de 1937 (párr. 1 del art. 20); Convención consular entre los Estados Unidos de América y Liberia, de 7 de octubre de 1938 (párr. 1 del art. 1); Convención consular entre la Gran Bretaña y Suecia, de 14 de marzo de 1952 (párr. 1 del art. 3); Convención consular entre la Gran Bretaña y Grecia, de 17 de abril de 1953 (párr. 1 del art. 3); Convención consular entre la Gran Bretaña y México, de 20 de marzo de 1954 (párr. 1 del art. 3). La Convención consular entre Chile y los Países Bajos, de 4 de noviembre de 1913, enuncia una regla análoga en lo que respecta a los puertos abiertos al comercio de todas las naciones.

7. Interpretación de la cláusula

37. Se plantean dos cuestiones importantes a propósito de la interpretación de la cláusula de la nación más favorecida, tal como se utiliza en la esfera de las relaciones e inmunidades consulares. La primera consiste en averiguar si la cláusula de la nación más favorecida, concertada en la forma de un instrumento separado o inserta en forma general en un tratado internacional, se aplica también de derecho a los poderes, privilegios e inmunidades de los cónsules. La segunda consiste en saber si la cláusula especial que se refiera expresamente a los poderes, privilegios e inmunidades de los cónsules, debe o no especificar una competencia especial para que pueda ser invocada [134]. Esas cuestiones sólo pueden resolverse determinando la voluntad de las partes tal como se desprende de los términos de la cláusula, interpretados en su significado corriente y natural, y considerados en su contexto lógico. Se ha señalado con razón que, en términos jurídicos, no existe una cláusula de la nación más favorecida, sino tantas disposiciones distintas como tratados que la contienen [135]. Huelga decir que la finalidad y el alcance del tratado en que se inserta la cláusula constituirán importantes elementos de juicio. Pero no se puede dar de antemano una solución a las cuestiones que aquí se plantean.

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

38. Antes de responder a la cuestión de saber si conviene incluir la cláusula de la nación más favorecida en el proyecto de artículos que la Comisión prepara, hay que recordar que la Comisión decidió elaborar dicho proyecto dando por supuesto que éste serviría de base para concertar una convención [136]. Además, hay que tener en cuenta que, en su decimocuarto período de sesiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidío, por resolución 1450 (XIV) del 7 de diciembre de 1959, convocar en Viena, en la primavera de 1961, una conferencia internacional de plenipotenciarios para que, sobre la base del proyecto de artículos elaborado por la Comisión [137], examine la cuestión de las relaciones e inmunidades diplomáticas y recoja el resultado de su labor en una convención internacional y los instrumentos auxiliares que puedan ser necesarios. Cabe esperar que se adoptará el mismo procedimiento con respecto al proyecto de convención sobre relaciones e inmunidades consulares.

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

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

---

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

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

[135] Anzilotti, *op. cit.*, pág. 438.

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

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

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

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

TERCERA PARTE

Nuevos artículos

Habiendo completado la documentación que le faltaba en el momento de elaborar su primer informe, en el otoño de 1956, el Relator Especial propone algunos nuevos artículos sobre cuestiones no tratadas en el primer informe. Para esta labor, el Relator ha tenido en cuenta la necesidad de que concuerden, en la medida en que sea conveniente, el proyecto sobre relaciones e inmunidades consulares y el proyecto de artículos sobre privilegios e inmunidades diplomáticos que la Comisión de Derecho Internacional aprobó en su décimo período de sesiones [138]. Los nuevos artículos numerados provisionalmente con cifras romanas serán incluidos en el lugar adecuado del proyecto.

Artículo I

Personal del consulado

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

Comentario

1. Este artículo se refiere al personal destinado a los servicios del consulado, salvo el jefe de la oficina consular cuyo nombramiento se rige por lo dispuesto en los artículos 5 y siguientes del proyecto de artículos provisionales sobre relaciones e inmunidades consulares [139].

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

Artículo II

Persona declarada no aceptable

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

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

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

Comentario

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

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

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

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

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

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

[138] *Ibid.*, págs. 11 a 28.

[139] *Ibid.*, págs. 27 y siguientes.

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

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

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

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

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

Artículo III

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

A condición de que exista reciprocidad, los miembros del personal consular, los miembros de sus familias y sus criados particulares, si no son nacionales del Estado de residencia, estarán exentos de las obligaciones prescritas por la legislación local en lo referente a inscripción de extranjeros y a permiso de residencia, siempre que sus nombres sean notificados al ministerio de relaciones exteriores del Estado de residencia o a la oficina designada por este último.

Comentario

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

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

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

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

Artículo IV

Notificación de la llegada y de la salida

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

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

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

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

Comentario

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

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

Artículo V

Adquisición de la nacionalidad

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

Comentario

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

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

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

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

Artículo VI

Miembros del personal consular que no son nacionales del Estado de residencia

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

2. Los demás miembros del personal consular que sean nacionales del Estado de residencia, sólo gozarán de los privilegios e inmunidades que les reconozca dicho Estado.

Comentario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo VII

Duración de los privilegios e inmunidades consulares

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

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

Comentario

1. Este artículo reglamenta el comienzo y la terminación de los privilegios e inmunidades consulares. Aunque los privilegios e inmunidades consulares sean, en ciertos aspectos, mucho menos amplios que los que gozan los miembros de una misión diplomática, resulta conveniente señalar la fecha en que comienzan y aquella en que terminan. El proyecto sigue la solución adoptada para las personas que gozan de privilegios e inmunidades diplomáticas según el artículo 38 del proyecto de artículos sobre privilegios e inmunidades diplomáticos [140] y reproduce la mayor parte de su texto.

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

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

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

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

Artículo VIII

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

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

Comentario

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

[140] Documento A/3589, pág. 25.

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

Artículo IX

Deberes de los terceros Estados

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

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

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

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

Comentario

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

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

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

a) Atraviesen su territorio,

b) Se encuentren en él para :

i) Ir a tomar posesión de sus funciones;

ii) Reintegrarse a su cargo;

iii) Volver a su país.

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

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

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

Artículo X

Obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado de residencia

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

Comentario

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

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

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

Artículo XI

Derecho a salir del territorio y facilidades para la salida

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

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

Comentario

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

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

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

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

Artículo XII

Protección de locales, archivos e intereses

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

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

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

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

Comentario

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

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

Artículo XIII

Aplicación de las reglas sin hacer distinción entre los Estados

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

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

a) **Por el hecho de que el Estado de residencia aplique con criterio restrictivo una de las presentes reglas, porque así sea aplicada a su consulado en el Estado que envía;**

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

Comentario

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

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

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

DOCUMENTO A/CN.4/L.86

Proyecto de artículos provisionales presentado por Jaroslav Žourek, Relator Especial

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

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

los textos que figuran en el primer informe presentado por el Relator Especial al noveno período de sesiones de la Comisión (documento A/CN.4/108, Anuario de la Comisión, 1957, vol. II, pág. 90 y siguientes) y los nuevos artículos contenidos en el segundo informe que el Relator Especial presenta al duodécimo período de sesiones de la Comisión. La ordenación del proyecto que fue elaborado antes de que la Comisión aprobara el proyecto relativo a las relaciones e inmunidades diplomáticas, ha sido modificada de modo que el proyecto concuerde, en la medida en que parece oportuno, con el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. También con este fin se ha modificado o completado la redacción de ciertos artículos que aún no ha examinado la Comisión.

Capítulo I

Artículo 1 (aprobado). *Definiciones*

A los efectos del presente proyecto:

a) Por « consulado » se entiende toda oficina consular, sea un consulado general, un consulado, un viceconsulado o una agencia consular;

b) Por « local consular » se entiende todo inmueble o parte de inmueble utilizado para las necesidades de un consulado;

c) Por « circunscripción consular » se entiende el territorio en cuyos límites se ejerce la competencia del consulado en relación al Estado de residencia;

d) Por « exequátur » se entiende la autorización definitiva concedida por el Estado de residencia a un cónsul extranjero para ejercer las funciones consulares en el territorio del Estado de residencia, sea cual fuere la forma de esta autorización;

e) Por « archivos consulares » se entienden la correspondencia oficial, los documentos y otras piezas de cancillería, así como todo mueble destinado a protegerlos y a conservarlos;

f) Por « cónsul » se entiende, salvo en el artículo 6, toda persona debidamente nombrada por el Estado que envía para ejercer funciones consulares en el Estado de residencia en calidad de cónsul general, cónsul, vicecónsul o agente consular y admitida al ejercicio de estas funciones con arreglo a los artículos 11 ó 12 del presente proyecto.

Un cónsul puede ser:

i) « Cónsul de carrera » cuando es funcionario de la administración pública del Estado que envía, recibe una remuneración y no ejerce en el Estado de residencia ninguna actividad profesional fuera de sus funciones consulares;

ii) « Cónsul honorario » cuando no recibe regularmente una remuneración del Estado que envía y está autorizado a dedicarse al comercio o ejercer una profesión lucrativa en el Estado de residencia;

g) Por « jefe de oficina consular » se entiende toda persona encargada de dirigir un consulado por el Estado que envía;

h) Por « funcionario consular » se entiende toda persona, incluido el jefe de oficina consular, que ejerce funciones consulares en el Estado de residencia, fuera de las misiones diplomáticas;

i) Por « empleado consular » se entiende toda persona que desempeña una actividad administrativa, técnica u otra análoga en un consulado;

j) Por « miembros del personal consular » se entienden los funcionarios y empleados consulares;

k) Por « personal particular » se entienden las personas empleadas en el servicio particular de un funcionario consular.

Sección I. Las relaciones consulares en general

Artículo 2. Establecimiento de relaciones consulares

Párrafo 1 (aprobado)

El establecimiento de relaciones consulares se efectúa por mutuo acuerdo de los Estados interesados.

Párrafo 2 (por decidir)

2. El establecimiento de relaciones diplomáticas supone el establecimiento de relaciones consulares.

Artículo 3 (aprobado). *Establecimiento de consulados*

1. No se puede establecer ningún consulado en el territorio del Estado de residencia sin su consentimiento.

2. La sede del consulado y la circunscripción consular se fijan por acuerdo entre el Estado de residencia y el Estado que envía.

3. El Estado que envía no podrá modificar posteriormente la sede del consulado ni la circunscripción consular sin el consentimiento del Estado de residencia.

4. Salvo acuerdo en contrario, un cónsul no puede ejercer sus funciones fuera de su circunscripción sin el consentimiento del Estado de residencia.

5. También es necesario el consentimiento del Estado de residencia si el cónsul debe ejercer al mismo tiempo funciones consulares en otro Estado.

Artículo 4 (aprobado). *Funciones consulares*

1. Los cónsules tienen por misión ejercer, en su circunscripción, las funciones indicadas en los presentes artículos y en los acuerdos en vigor aplicables en la materia, así como las que les sean confiadas por el Estado que envía y que puedan ejercerse sin perjuicio de la legislación del Estado de residencia. Las funciones que normalmente ejercen los cónsules son las siguientes:

a) Proteger los intereses de los nacionales del Estado que envía y los intereses de este Estado;

b) Prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía;

c) Actuar en calidad de notario y de funcionario de registro civil y ejercer otras funciones administrativas;

d) Prestar la ayuda necesaria a los buques y barcos que naveguen con bandera del Estado que envía y a los aviones matriculados en dicho Estado;

e) Fomentar el comercio y velar por el desarrollo de las relaciones económicas y culturales entre el Estado que envía y el Estado de residencia;

f) Informarse de los aspectos de la vida económica, comercial y cultural de su circunscripción, ponerlos en conocimiento del gobierno del Estado que envía y proporcionar información a los interesados.

2. En el ejercicio de sus atribuciones, y salvo las excepciones especialmente señaladas en los presentes artículos o en los acuerdos en vigor aplicables en la materia, los cónsules sólo pueden dirigirse a las autoridades locales.

Segunda variante más detallada

1. El cónsul tiene por misión defender, en su circunscripción, los derechos e intereses del Estado que envía y de sus nacionales, y prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, como también ejercer otras funciones determinadas por los acuerdos internacionales en vigor aplicables en la materia o confiadas por el Estado que envía y cuyo ejercicio sea compatible con la legislación del Estado de residencia.

2. Sin perjuicio de las funciones consulares que se derivan del párrafo anterior, el cónsul podrá ejercer a estos fines las funciones siguientes:

I. *Funciones relativas al comercio y a la navegación*

1. Proteger y fomentar el comercio entre el Estado que envía y el de residencia, y velar por el desarrollo de las relaciones económicas entre los dos Estados;

2. Prestar toda la ayuda necesaria a los buques y barcos de transporte que naveguen con bandera del Estado que envía;

3. Prestar toda la asistencia necesaria a los aviones matriculados en el Estado que envía;

4. Prestar toda la asistencia necesaria a los buques de propiedad del Estado que envía, en particular a los buques de guerra, que se encuentren de visita en el Estado de residencia;

II. *Funciones relativas a la protección de los nacionales del Estado que envía*

5. Velar por que el Estado que envía y sus nacionales gocen de todos los derechos que les garanticen la legislación del Estado de residencia, la costumbre y las convenciones internacionales en vigor, y tomar todas las medidas necesarias para obtener reparación en el caso de que se hayan infringido esos derechos;

6. Pedir, en caso necesario, que se instituya la tutela o curaduría de los nacionales del Estado que envía, proponer a los tribunales la persona del tutor o del curador, y vigilar la tutela de los menores y la curaduría de los dementes y de otros incapacitados, nacionales del Estado que envía;

7. Representar en todas las cuestiones de sucesión, sin necesidad de plenos poderes, a los herederos y legatarios o sus causahabientes, nacionales del Estado que envía, que no estén representados por un mandatario especial; intervenir ante las autoridades competentes del Estado de residencia a fin de que se forme el inventario de los bienes o se efectúe la liquidación de la sucesión y pedir, en caso necesario, a los tribunales competentes que resuelvan las divergencias y reclamaciones respecto de una sucesión causada por la muerte de un nacional del Estado que envía;

III. *Funciones administrativas*

8. Inscribir y trasladar las actas del registro civil (nacimiento, defunción, matrimonio), salvo la obligación de las personas interesadas de efectuar todas las declaraciones necesarias con arreglo a las leyes del Estado de residencia;

9. Celebrar los matrimonios con arreglo a las leyes del Estado que envía, siempre que la legislación del Estado de residencia no se oponga a ello;

10. Notificar decisiones judiciales o ejecutar comisiones rogatorias a petición de los tribunales del Estado que envía en la forma prescrita por las convenciones en vigor o en cualquier otra forma compatible con la legislación del Estado de residencia;

IV. *Funciones notariales*

11. Recibir todas las declaraciones que tengan que hacer los nacionales del Estado que envía; extender, autenticar y recibir en depósito las disposiciones testamentarias y todos los instrumentos unilaterales otorgados por los nacionales del Estado que envía, así como los instrumentos jurídicos bilaterales celebrados entre nacionales del Estado que envía o entre éstos y nacionales de otros Estados, salvo los relativos a inmuebles que radiquen en el Estado de residencia y a los derechos reales que los graven;

12. Legalizar o certificar las firmas, visar, certificar o traducir documentos, siempre que estas formalidades sean pedidas por una persona de cualquier nacionalidad para utilizarlas en el Estado que envía o en aplicación de las leyes de este Estado. Si, con arreglo a la legislación del Estado que envía, son necesarias una prestación de juramento o una declaración que lo sustituya, este juramento o esta declaración podrá prestarse ante el cónsul;

13. Recibir en depósito el dinero, los documentos y los objetos que le confíen los nacionales del Estado que envía. En cuanto a la transferencia de sumas de dinero o de otros objetos, en particular de objetos de arte, ésta se rige por las leyes y relgamentos del Estado de residencia, salvo cuando haya un acuerdo internacional;

V. *Otras funciones*

14. Favorecer los intereses culturales del Estado que envía, especialmente en el campo de la ciencia, el arte, las relaciones profesionales y la enseñanza;

15. Ejercer funciones de árbitro o conciliador en los litigios que le sometan los nacionales del Estado que envía, siempre que la legislación del Estado de residencia no se oponga a ello;

16. Informarse sobre los aspectos de la vida económica, comercial y cultural de su circunscripción, otros aspectos de la vida nacional del Estado de residencia, e informar al gobierno del Estado que envía o a los interesados que radiquen en él;

17. El cónsul podrá ejercer otras funciones determinadas por el Estado que envía, siempre que su ejercicio no esté prohibido por la legislación del Estado de residencia.

Artículo 5 (aprobado). *Ejercicio de funciones consulares en nombre de un tercer Estado*

Ningún cónsul podrá ejercer funciones consulares en nombre de un tercer Estado sin el consentimiento del Estado de residencia.

Artículo 6 (aprobado). *Clases de jefes de oficina consular*

Los jefes de oficina consular son de cuatro clases, a saber :

1. Cónsules generales;
2. Cónsules;
3. Vicecónsules;
4. Agentes consulares.

Artículo 7 (aprobado). *Adquisición de la condición juridica consular*

Se consideran como cónsules, en el sentido de los presentes artículos, los funcionarios nombrados por el Estado que envía en una de las cuatro clases enameradas en el artículo 6 y reconocidos como tales por el Estado en cuyo territorio han de ejercer sus funciones.

Artículo 8 (aprobado). *Competencia para nombrar y reconocer a los cónsules*

1. La competencia para nombrar a los cónsules y el modo de ejercerla se rigen por el derecho interno del Estado que envía.

2. La competencia para reconocer a los cónsules y la forma de otorgar el reconocimiento se rigen por el derecho interno del Estado de residencia.

Artículo 9 (aprobado). *Nombramiento de nacionales del Estado de residencia*

Los funcionarios consulares no podrán ser elegidos entre los nacionales del Estado de residencia más que con el consentimiento expreso de éste.

Artículo 10 (aprobado). *Carta patente*

1. Los jefes de oficina consular recibirán plenos poderes del Estado que los nombra, en forma de carta patente u otro documento similar expedido para cada nombramiento y que indicará, por lo general, los nombres y apellidos del funcionario consular, la categoría y la clase consular, la circunscripción consular y la sede del consulado.

2. El Estado que nombra un cónsul comunicará la carta patente, por vía diplomática o por otra vía adecuada, al gobierno del Estado en cuyo territorio el cónsul habrá de ejercer sus funciones.

3. Cuando el Estado de residencia lo acepte, la carta patente puede ser reemplazada por una notificación hecha por el Estado que envía al Estado de residencia, relativa al lugar de destino del cónsul de que se trate. En este caso, se aplican *mutatis mutandis* las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

Artículo 11 (aprobado). *Exequátur*

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 y 14, los jefes de oficina consular no podrán entrar en funciones sin haber obtenido el reconocimiento definitivo del gobierno del Estado en que hayan de ejercerlas. Este reconocimiento se otorga por medio de un exequátur.

Artículo 12 (aprobado). *Reconocimiento provisional*

Hasta que se otorgue el exequátur, el jefe de una oficina consular puede ser admitido provisionalmente al ejercicio de sus funciones y al beneficio de los presentes artículos y de los acuerdos en vigor aplicables en la materia.

Artículo 13 (aprobado). *Obligación de informar a las autoridades de la circunscripción consular*

El gobierno del Estado de residencia está obligado a comunicar sin demora a las autoridades competentes de la circunscripción consular que el cónsul está autorizado a asumir sus funciones. Asimismo, está obligado a velar por que se tomen las medidas necesarias para que el cónsul pueda cumplir las obligaciones de su cargo y sea admitido al beneficio de los presentes artículos y de los acuerdos en vigor aplicables en la materia.

Artículo 14 (aprobado). *Jefe interino del consulado*

1. Si el puesto de jefe del consulado está vacante o si el jefe del consulado no puede ejercer sus funciones, asumirá temporalmente el consulado un jefe interino cuyo nombre se comunicará a las autoridades competentes del Estado de residencia.

2. Las autoridades competentes deben prestar asistencia y protección al jefe interino y admitirle, durante su gestión, al beneficio de los presentes artículos y de los acuerdos en vigor aplicables en la materia como al jefe de oficina consular de que se trate.

Artículo 15 (aprobado). *Precedencia*

1. El orden de precedencia de los cónsules en su respectiva clase estará determinado por la fecha de concesión del exequátur.

2. En caso de que el cónsul, antes de obtener el exequátur, haya sido admitido a título provisional, el orden de precedencia estará determinado por la fecha de concesión de este reconocimiento provisional y se mantendrá aun después de la concesión del exequátur.

3. Si dos o más cónsules han obtenido el exequátur o el reconocimiento provisional en la misma fecha, el orden de precedencia entre ellos estará determinado por la facha de presentación de sus cartas patentes.

4. Los jefes de oficina titulares tienen precendencia sobre los funcionarios consulares que no lo son.

5. El orden de precedencia de los funcionarios consulares encargados interinamente de un consulado sigue al de todos los jefes de oficina titulares de la clase a que pertenecen los jefes de oficina que reemplacen. Entre ellos, el orden de precedencia es el mismo de los jefes de oficina respectivos.

Artículo 16 (aprobado). *Cumplimiento ocasional de actos diplomáticos*

En un Estado en que no exista misión diplomática del Estado que envía, un cónsul puede cumplir, de modo

ocasional, los actos diplomáticos que el Gobierno del Estado de residencia autorice en tales casos.

Artículo 17 (aprobado). *Reconocimiento de la condición diplomática a los cónsules*

En un Estado en que no tenga misión diplomática el Estado que envía, se puede encargar al cónsul de funciones diplomáticas con el asentimiento del Estado de residencia. En este caso, llevará el título de cónsul general-encargado de negocios y gozará de los privilegios e inmunidades diplomáticos.

Artículo 18 (aprobado). *Retiro del exequátur*

1. Si la conducta del cónsul da lugar a motivos graves de queja, el Estado de residencia puede pedir al Estado que envía que retire al cónsul de que se trate o que ponga término a sus funciones, según el caso.

2. Si el Estado que envía se niega a atender la petición a que se refiere el párrafo anterior, o no la atiende dentro de un término razonable, el Estado de residencia puede retirar el exequátur a dicho cónsul.

3. En caso de retiro del exequátur, el cónsul respecto de quien se tome esta medida no podrá seguir ejerciendo las funciones consulares.

Artículo 19. Personal del consulado

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 9 y 20, el Estado que envía tiene derecho a emplear en su consulado el número necesario de funcionarios y empleados consulares cuya categoría y condición jurídica determina.

Artículo 20. Persona declarada no aceptable

1. El Estado de residencia podrá, cuando se le comunique el nombre de un miembro del personal consular (art. 21), informar al Estado que envía que esa persona no es aceptable. Cuando la conducta de un miembro del personal consular, que no sea el jefe de la oficina consular, deje mucho que desear, el Estado de residencia podrá pedir al Estado que envía que retire a dicha persona o que ponga término a sus funciones, según el caso. El Estado que envía retirará entonces a dicha persona o pondrá término a sus funciones.

2. Si el Estado que envía se niega a atender esa petición o no cumple dentro de un término razonable las obligaciones que le incumben según el párrafo 1 del presente artículo, el Estado de residencia podrá negarse a reconocer a dicha persona como miembro del personal consular.

Artículo 21. Notificación de la llegada y de la salida

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

a) La llegada de los miembros del personal consular después de su destinación al consulado, de los miembros de su familia y de sus criados particulares;

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

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

SECCIÓN II.

PRIVILEGIO E INMUNIDADES CONSULARES

Artículo 22. Uso del escudo del Estado

El Estado que envía tiene derecho a poner su escudo, con una inscripción designando el consulado, en el edificio en que esté instalado éste, sobre la puerta de entrada o en las inmediaciones.

Artículo 23. Uso de la bandera nacional

El Estado de residencia está obligado a permitir :

a) que en el consulado se enarbole la bandera nacional del Estado que envía en los días de solemnidades públicas, y en otras circunstancias en que este derecho esté consagrado por el uso;

b) que los jefes de oficina consular enarbolen la bandera nacional del Estado que envía en todos los medios de transporte que empleen en el ejercicio de sus funciones.

SUBSECCIÓN A

LOCALES Y ARCHIVOS DEL CONSULADO

Artículo 24 (aprobado). *Locales*

El Estado que envía tiene derecho a adquirir en el territorio del Estado de residencia, y de conformidad con el derecho interno de éste, los locales necesarios para el consulado. El Estado de residencia está obligado a facilitar, en la medida de lo posible, la adquisición de locales adecuados para el consulado.

Artículo 25. Inviolabilidad de los locales consulares

1. Los locales utilizados para los servicios del consulado son inviolables. Si las autoridades del Estado de residencia desean visitar a los locales consulares, deberán obtener la autorización previa del jefe de la oficina consular. Aun en este caso no podrán, bajo pretexto alguno, examinar los expedientes, papeles y demás documentos que se hallen en los locales consulares, incautarse de ellos o sellar dichos locales.

2. Los inmuebles y locales utilizados por un consulado, sus instalaciones y mobiliario, y los medios de transporte estarán exentos de requisición y de alojamientos militares.

3. El Estado de residencia está obligado a hacer respetar la inviolabilidad de los locales consulares. Tiene sobre todo la obligación especial de tomar todas las medidas necesarias para proteger los locales consulares contra toda intrusión o daños y evitar que se turbe la tranquilidad del consulado o se atente contra su dignidad.

Artículo 26. Exención fiscal de los locales consulares

El Estado que envía y el jefe de la oficina consular están exentos de todos los impuestos y gravámenes, percibidos por el Estado de residencia o una de sus subdivisiones territoriales, sobre los locales consulares de que sean propietarios o inquilinos, salvo de los impuestos o gravámenes que constituyan el pago de servicios particulares prestados.

Artículo 27. Inviolabilidad de los archivos y de los documentos

Los archivos y documentos del consulado son inviolables.

SUBSECCIÓN B

FACILIDADES CONCEDIDAS AL CONSULADO PARA SU TRABAJO Y LIBERTAD DE COMUNICACIONES

Artículo 28. Facilidades

El Estado de residencia dará toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones consulares.

Artículo 29. Libertad de comunicaciones

El Estado de residencia permitirá y protegerá la libre comunicación del consulado para todos los fines oficiales y, especialmente, con el gobierno del Estado que envía, con sus misiones diplomáticas y sus otros consulados dondequiera que radiquen. A este efecto, el consulado podrá emplear todos los medios de comunicación apropiados, entre ellos los mensajes en clave o en cifra.

Artículo 30. Comunicaciones con las autoridades del Estado de residencia

Las modalidades de las comunicaciones de los cónsules con las autoridades del Estado de residencia se regirán por la costumbre o por la legislación de este Estado.

Artículo 31. Percepción de los derechos consulares y su exoneración de impuestos

1. Por los actos oficiales realizados por los representantes consulares, el Estado que envía tiene derecho a percibir en el territorio del Estado de residencia los derechos estipulados por su legislación nacional.

2. Ni el Estado de residencia ni ninguna de sus subdivisiones territoriales gravarán con impuestos o contribuciones análogas los derechos consulares previstos en el párrafo 1, o la expedición de recibos justificativos del pago de tales derechos.

SUBSECCIÓN C

PRIVILEGIOS E INMUNIDADES PERSONALES

Artículo 32. Obligación de conceder una protección especial a los cónsules

El Estado de residencia tiene la obligación de conceder al cónsul extranjero una protección especial en razón de su calidad de representante oficial del Estado que envía.

Artículo 33. Inviolabilidad personal

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

2. Salvo el caso previsto en el párrafo 1 del presente artículo, los funcionarios consulares a que se refiere dicho párrafo sólo podrán ser puestos en prisión o sometidos a cualquier otra limitación de su libertad personal cuando se trate de la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal respecto de una infracción que pueda ser sancionada con una pena de prisión de al menos un año, y dicha sentencia sea firme.

3. En el caso de que se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste no podrá ser obligado en modo alguno a comparecer ante el tribunal, pero podrá ser invitado por escrito a que se presente a testificar. Si se niega a hacerlo, el tribunal le pedirá que testifique por escrito, si la legislación del Estado de residencia lo permite. En caso contrario, la autoridad judicial se trasladará al domicilio de dicho funcionario para tomar su declaración con las formalidades prescritas por la legislación del Estado de residencia.

4. En el caso de detención de los funcionarios consulares mencionados en el párrafo 1 de este artículo o de que se instruya un procedimiento penal contra ellos, el Estado de residencia está obligado a informar sin demora al representante diplomático del Estado que envía al funcionario consular.

Artículo 34. Inmunidad de jurisdicción

1. Los miembros del personal consular no están sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado de residencia por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

2. Si un miembro del personal consular invocare esta excepción ante una autoridad del Estado de residencia, ésta deberá abstenerse de fallar ya que todas las dificultades de esta naturaleza deberán siempre solventarse por vía diplomática.

Artículo 35. Exención de las obligaciones referentes a la inscripción de extranjeros y al permiso de residencia

A condición de que exista reciprocidad, los miembros del personal consular, los miembros de sus familias y sus criados particulares, si no son nacionales del Estado de residencia, estarán exentos de las obligaciones prescritas por la legislación local en lo referente a inscripción de extranjeros y a permiso de residencia, siempre que sus nombres sean notificados al ministerio de relaciones exteriores del Estado de residencia o a la oficina designada por este último.

Artículo 36. Exención de la legislación sobre seguridad social

1. Los miembros del personal consular y los miembros de sus familias que formen parte de su casa, si no son nacionales del Estado de residencia, estarán exentos de la legislación de seguridad social en vigor en dicho Estado.

2. La exención prevista en el párrafo 1 del presente artículo se aplicará asimismo a los criados particulares que se hallen al servicio exclusivo de los miembros del personal consular, siempre que no sean nacionales del Estado de residencia o no estén establecidos definitivamente en dicho Estado.

3. La exención prevista en los párrafos 1 y 2 no excluye la participación voluntaria en el régimen de seguridad

social, siempre que tal participación esté admitida por la legislación del Estado de residencia.

Artículo 37. Exención fiscal

1. A condición de que exista reciprocidad, el Estado de residencia tiene la obligación de eximir a los miembros del personal consular y a los miembros de sus familias de todos los impuestos y gravámenes, personales o reales, percibidos por el Estado de residencia o una cualquiera de sus subdivisiones territoriales, con las excepciones siguientes:

a) Los impuestos indirectos incluidos en el precio de las mercancías o servicios;

b) Los impuestos y gravámenes sobre los bienes raíces privados que radiquen en el territorio del Estado de residencia, a no ser que el miembro del personal consular los posea por cuenta de su gobierno para los fines del consulado;

c) Los impuestos sobre las sucesiones que corresponda percibir al Estado de residencia, salvo lo dispuesto en el artículo 44 acerca de la sucesión de los bienes de un miembro del personal consular o de un miembro de su familia;

d) Los impuestos y gravámenes sobre los ingresos que tengan su origen en el Estado de residencia;

e) Los impuestos y gravámenes correspondientes al pago de servicios particulares prestados.

Artículo 38. Franquicias aduaneras

A condición de que exista reciprocidad, estarán exentos de los derechos de aduanas y de cualquier otro impuesto:

a) Los escudos, banderas, rótulos, sellos y timbres, libros, como también los impresos oficiales para el servicio corriente del consulado;

b) Los muebles, el material de oficina y los demás objetos destinados a la instalación del consulado;

c) Los bienes y efectos personales que los miembros del personal consular y los miembros de sus familias, al trasladarse al Estado de residencia, lleven consigo o hagan expedir desde el Estado que envía dentro de los seis meses (un año) siguientes a su llegada al Estado de residencia.

Artículo 39. Exención de prestaciones personales

El Estado de residencia está obligado:

a) a eximir a los miembros del personal consular, a los miembros de sus familias, y también a los criados particulares que se hallen al servicio exclusivo de los miembros del personal consular, a condición de que no sean nacionales del Estado de residencia, de todas las prestaciones personales y de todo servicio de carácter público, sea cual fuere su naturaleza;

b) a eximir a las personas mencionadas en el apartado *a)* del presente artículo de las cargas militares materiales (requisiciones, contribuciones o alojamientos militares), a condición de que no sean nacionales del Estado de residencia.

Artículo 40. Atestación ante los tribunales de justicia y ante las autoridades administrativas

1. Los miembros del personal consular están obligados a comparecer como testigos ante los tribunales de justicia o ante las autoridades administrativas.

2. Cuando se trate de un funcionario o empleado consular que no sea nacional del Estado de residencia, la autoridad judicial o administrativa le preguntará por escrito si desea testificar en el consulado o en su domicilio o si consiente en comparecer personalmente ante el tribunal o ante la autoridad administrativa. La respuesta deberá darse por escrito y sin demora.

3. Si la recepción del testimonio de un funcionario o empleado consular ha de hacerse en el consulado o en el domicilio del interesado, la fecha de la deposición se fijará de manera que se la pueda hacer dentro del término fijado por la autoridad judicial o administrativa.

4. Los miembros del personal consular pueden negarse a deponer sobre las circunstancias que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones y a exhibir la correspondencia y los documentos con ellas relacionados, alegando el secreto profesional o el secreto de Estado. En tal caso, la autoridad judicial o administrativa debe abstenerse de toda medida de coacción para con dicha persona, ya que las dificultades de esta naturaleza deberán siempre solventarse por vía diplomática.

Artículo 41. Adquisición de la nacionalidad

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

Artículo 42. Miembros del personal consular que son nacionales del Estado de residencia

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

2. Los demás miembros del personal consular que sean nacionales del Estado de residencia, sólo gozarán de los privilegios e inmunidades que les reconozca dicho Estado.

Artículo 43. Duración de los privilegios e inmunidades consulares

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

2. Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades consulares, estos privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esta persona salga del país o en el momento de expirar el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta ese momento, incluso en caso de conflicto armado.

Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto a los actos ejecutados por esta persona en el ejercicio de sus funciones como miembro del personal consular.

Artículo 44. Sucesión respecto de los bienes de un miembro del personal consular o de un miembro de su familia

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

Artículo 45. Deberes de los terceros Estados

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

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

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

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

Sección III. Comportamiento del consulado y del personal consular respecto al Estado de residencia

Artículo 46. Obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado de residencia

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

Artículo 47. Jurisdicción del Estado de residencia

Sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que se reconocen en los presentes artículos y en los demás acuerdos aplicables en la materia, los miembros del personal consular estarán sometidos a la jurisdicción del Estado en que ejerzan sus funciones.

Artículo 48. Obligaciones del Estado de residencia en ciertos casos especiales

Para facilitar el ejercicio de las funciones consulares, el Estado de residencia está obligado :

a) a transmitir, en caso de defunción de un nacional del Estado que envía, el certificado de defunción al consulado en cuya circunscripción ésta haya ocurrido;

b) a notificar sin demora al consulado competente todos los casos en que haya de procederse al nombramiento de un tutor o de un curador para un menor o incapacitado nacional del Estado que envía;

c) cuando un buque o un barco, que lleve la bandera de Estado que envía, naufrague o se encalle en las costas o en las aguas territoriales del Estado de residencia, a comunicarlo sin demora al consulado competente o, a falta de éste, al consulado más próximo del lugar en que haya ocurrido el accidente.

Sección IV. Fin de las relaciones e inmunidades consulares

Artículo 49. Cesación de las funciones consulares

Las funciones de un cónsul cesan, especialmente:

1. cuando es llamado por el Estado que envía;
2. por dimisión;
3. por defunción;
4. por retiro del exequátur (artículo 18);
5. por ruptura de las relaciones consulares (artículo 50).

Artículo 50. Ruptura de las relaciones consulares

Salvo el caso de proclamación del estado de guerra, de conformidad con el derecho internacional, entre el Estado que envía y el Estado de residencia, la ruptura de las relaciones diplomáticas no entrañará necesariamente la ruptura de las relaciones consulares.

Artículo 51. Derecho a salir del territorio del Estado de residencia y facilidades que han de concederse para la salida

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

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

Artículo 52. Protección de locales, archivos e intereses

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

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

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

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

Sección V

Artículo 53. Aplicación de las reglas sin hacer distinción entre los Estados

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

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

a) Por el hecho de que el Estado de residencia aplique con criterio restrictivo una de las presentes reglas, porque así sea aplicada a su consulado en el Estado que envía;

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

Capítulo II

PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DE LOS CONSULES HONORARIOS Y DE LOS FUNCIONARIOS ASIMILADOS

Artículo 54. Cónsules honorarios

A los efectos de los presentes artículos, se considerarán cónsules honorarios los cónsules (art. 5), sean o no nacionales del Estado que envía, que no reciban regularmente una remuneración de dicho Estado y que estén autorizados a dedicarse al comercio o a ejercer una profesión lucrativa en el Estado de residencia.

Artículo 55. Atribuciones de los cónsules honorarios

1. Las atribuciones de los cónsules honorarios serán determinadas por el Estado que envía, de conformidad con el derecho internacional.

2. El Estado que envía deberá comunicar, por la vía diplomática o por otros medios apropiados, al gobierno del Estado de residencia, la extensión de las atribuciones conferidas a dichos cónsules.

Artículo 56. Situación jurídica de los cónsules honorarios

1. Los cónsules honorarios gozarán de los privilegios e inmunidades consulares previstos en el artículo 22, el apartado *a)* del artículo 23, los artículos 28, 29, 30, 31, 34 y el apartado *a)* del artículo 38.

2. La correspondencia oficial, los documentos y papeles oficiales y los archivos consulares de los cónsules honorarios serán inviolables y no podrán ser objeto de registro ni embargo, siempre que estén separados de la correspondencia particular, de los libros y de los documentos que se refieran al comercio, a la industria o a la profesión que ejerzan los cónsules honorarios.

3. Los cónsules honorarios pueden negarse a testificar ante una autoridad judicial o administrativa o a exhibir los documentos que estén en su poder, en el caso en que su atestación o la exhibición de documentos tengan que ver con sus funciones consulares. En este caso, queda prohibida la aplicación de cualquier medida de coacción.

Artículo 57. Precedencia de los cónsules honorarios

La precedencia de los cónsules honorarios, dentro de cada clase, seguirá a la de los cónsules de carrera, en el orden y según las reglas establecidas en el artículo 15.

Artículo 58. Funcionarios asimilados a los cónsules honorarios

Las disposiciones de este capítulo se aplican igualmente, *mutatis mutandis*, a los funcionarios consulares que, aunque sean funcionarios del Estado que envía y reciban regularmente una remuneración, están autorizados por las leyes del Estado que envía a dedicarse al comercio o a ejercer cualquier otra profesión lucrativa en el Estado de residencia.

Capítulo III

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 59. Relación entre los presentes artículos y las convenciones anteriores

1. Las disposiciones de los presentes artículos no obstan las convenciones concertadas anteriormente y que estén en vigor entre las Partes Contratantes. En caso de que existan convenciones que regulen las relaciones e inmunidades consulares entre las Partes Contratantes, los presentes artículos se aplicarán únicamente a las cuestiones que no se hallen resueltas por dichas convenciones.

2. La aceptación de los presentes artículos no excluye la posibilidad de concertar en lo futuro convenciones bilaterales respecto de las relaciones e inmunidades consulares.

Artículo 60. Aceptación completa o parcial

1. Las ratificaciones y las adhesiones a los presentes artículos podrán referirse:

a) A la totalidad de los artículos (capítulos I, II, III y IV);

b) Sólo a las disposiciones que se refieren a las relaciones consulares en general y a los privilegios e inmunidades de los cónsules de carrera (capítulo I) y a los capítulos III y IV.

2. Las Partes Contratantes no podrán hacer valer las ratificaciones y adhesiones de otras Partes Contratantes sino en el caso de que hayan aceptado las mismas obligaciones.

Capítulo IV

CLAUSULAS FINALES

Las cláusulas finales se redactarán más adelante.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

(Tema 3 del programa)

DOCUMENTO A/CN.4/125

Responsabilidad internacional : quinto informe de F. V. García Amador, Relator Especial

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS EN SU TERRITORIO A LA PERSONA O BIENES DE LOS EXTRANJEROS — MEDIDAS QUE AFECTAN DERECHOS ADQUIRIDOS *(continuación)* Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

[*Texto original en español*]
[*9 de febrero de 1960*]

INDICE

Páginas

INTRODUCCIÓN 41

A. Medidas que afectan derechos adquiridos

I. EFECTOS EXTRATERRITORIALES DE LAS MEDIDAS QUE AFECTAN DERECHOS ADQUIRIDOS 41

35. Los derechos adquiridos al amparo de una ley extranjera 42
36. Esfera de validez de las medidas que afectan derechos adquiridos 42
37. Condiciones a que se subordinan los efectos extraterritoriales de estas medidas 43
a) Bienes situados en el Estado 44
b) Bienes situados en un tercer Estado 46
38. Algunas consideraciones acerca de estos requisitos 46

II. SISTEMAS DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS 48

39. El arreglo entre los Estados interesados 48
a) El arreglo diplomático o negociación directa 49
b) Las comisiones de reclamaciones y las cláusulas compromisorias 49
40. El arreglo directo entre el Estado y el particular 50
a) Sistema de los tratados que capacitan a los particulares 50
b) Sistema de las cláusulas compromisorias en los contratos entre Estados y particulares 50
c) Propuestas relativas a estos sistemas de arreglo directo 53
41. Algunas observaciones sobre estos sistemas de arreglo 55

B. Elementos constitutivos de la responsabilidad internacional

I. COMO SE ORIGINA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL 56

1. La concepción dominante : la responsabilidad se origina del incumplimiento de una « obligación » internacional 56
2. La doctrina del « abuso de derecho »; opiniones de los publicistas 57
3. Reconocimiento y aplicaciones de la doctrina en la práctica 58
4. Cuándo el « abuso de derecho » origina la responsabilidad internacional 58

II. CUAL ES EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL 59

5. Opiniones de los publicistas acerca de esta cuestión 59
6. Posición de la jurisprudencia internacional 61
7. Examen del problema desde el punto de vista de la codificación 62
8. Situación especial creada por el desarrollo de la técnica 63

C. Modificaciones y adiciones al anteproyecto

	Páginas
1. Elementos constitutivos de la responsabilidad internacional (artículo 1 del anteproyecto)	64
a) Naturaleza de los actos y omisiones que originan la responsabilidad internacional	64
b) Fundamento de la imputación	65
2. Medidas que afectan derechos adquiridos (capítulo IV del anteproyecto)	65
a) Medidas que originan la responsabilidad internacional	65
b) Efectos extraterritoriales de estas medidas	66
c) Sistemas de arreglo de controversias	66

Introducción

1. En la introducción al cuarto informe (A/CN.4/119) [1] indicamos que, por falta de tiempo, no tuvimos oportunidad de tratar todos los aspectos y cuestiones que se relacionan con las medidas que afectan derechos adquiridos, y aludimos en particular a los efectos extraterritoriales de estas medidas y a los métodos y procedimientos de arreglo especialmente aplicables a las controversias internacionales que se sucitan con motivo de ellas. La mayor parte del presente Informe se refiere a dichos aspectos y cuestiones.

2. El informe contiene una parte B dedicada al estudio de los elementos constitutivos de la responsabilidad internacional. En repetidas ocasiones, incluso en la breve discusión del año pasado, varios miembros de la Comisión plantearon el problema del fundamento de la imputación, en el sentido de si ésta requiere o no culpa o cualquier otro elemento subjetivo. Hasta ahora hemos preferido soslayar el planteamiento de la cuestión, por estimarla de importancia más bien académica y hasta cierto punto resuelta virtualmente por la jurisprudencia internacional. De todos modos presentamos a la Comisión una breve exposición del tema, que siempre será de utilidad si se plantea de nuevo la cuestión. En cambio, lo que sí creemos que debe ser objeto de una detenida consideración en lo referente a los elementos constitutivos de la responsabilidad internacional, es la aplicabilidad de la « doctrina del abuso de derecho ». En nuestros tres primeros informes [2] siempre hemos hablado, conforme a la concepción dominante, de la responsabilidad como consecuencia del « incumplimiento de una obligación internacional ». Pero al estudiar la cuestión posteriormente hemos advertido que la aceptación del principio que prohibe al Estado el ejercicio abusivo de sus derechos, perfeccionaría la noción de la responsabilidad internacional en el proyecto que eventualmente elabore la Comisión.

3. Tanto en el presente informe como en el anterior hemos llegado a ciertas conclusiones, que justifican una revisión de las disposiciones correspondientes del anteproyecto que tenemos presentado a la Comisión. A esto obedecen las modificaciones y adiciones al anteproyecto original que figuran en la última parte del informe.

[1] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1959*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta : 59.V.1, Vol. II).

[2] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta : 56.V.3, Vol. II), documento A/CN.4/96; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1957*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta : 57.V.5, Vol. II), documento A/CN.4/106; y *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1958*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta : 58.V.1, Vol. II), documento A/CN.4/111.

A. MEDIDAS QUE AFECTAN DERECHOS ADQUIRIDOS

I. Efectos extraterritoriales de las medidas que afectan derechos adquiridos

4. La cuestión relativa a la esfera de validez *extra territorium* del derecho corresponde, en general, a la disciplina comúnmente denominada « derecho internacional privado » o *conflict of laws*. Y decimos « en general » porque esta disciplina se suele considerar en su totalidad como una parte integrante del derecho interno, cuando, en puridad jurídica, los principios fundamentales que rigen la materia son de naturaleza internacional, es decir, son necesariamente principios de derecho internacional *público*. Pero dejando a un lado este aspecto, sobre el que continúan discutiendo las teorías nacionalistas e internacionalistas [3], lo que interesa a los fines de esta sección es saber qué grado de extraterritorialidad cabe atribuir a las medidas que comportan una expropiación, una nacionalización o, en su caso, una confiscación, que en realidad es el tipo de medida que con más frecuencia se presenta en la práctica concerniente a esta materia.

5. A ese fin convendría primero exponer brevemente cómo se plantea la « doctrina de los derechos adquiridos » en el derecho internacional privado. Aunque resulte obvio, debemos advertir que, a diferencia del estudio que se hizo de dicha doctrina en el cuarto informe (principio del respeto a los derechos adquiridos), lo que ahora interesa es la validez internacional de derechos adquiridos « al amparo de leyes extranjeras »; o, más específicamente, de los derechos adquiridos por un Estado (o en su caso por cesionarios de éste) como consecuencia de las medidas tomadas por él respecto de bienes pertenecientes a particulares, nacionales o extranjeros. Como se verá en la exposición que sigue, el caso o situación que se contempla es fundamentalmente, si no exclusivamente, el del particular en su condición de titular y el del derecho adquirido al amparo de la legislación vigente en cualquier país o de sentencias dictadas por sus tribunales.

[3] *Cf.* García Amador, *Introducción al Estudio del Derecho Internacional Contemporáneo* (Madrid, 1959), págs. 80 a 85.

35. Los derechos adquiridos al amparo de una ley extranjera

6. La « doctrina de los derechos adquiridos » ocupa un lugar destacado en el derecho internacional privado, especialmente en el desarrollo científico de esta disciplina. Pero a diferencia de lo que ocurre en el derecho intertemporal o transitorio, donde su aplicación se reduce al problema de la esfera de validez temporal de las leyes, en el derecho internacional privado la doctrina ha sido objeto de diversas aplicaciones [4]. Una de las primeras, en realidad, no es más que una derivación de la teoría de la irretroactividad del derecho. Aludimos a Vareilles-Sommieres, para quien la persona que habiendo realizado determinados actos en el territorio de un Estado se trasladase al territorio de un tercero, se halla en la misma situación que aquélla a quien, dentro de un mismo Estado, se la sujeta sucesivamente a dos leyes, la segunda derogatoria de la primera. Por analogía con el principio de la irretroactividad, la ley del tercer Estado debe respetar los derechos adquiridos por la persona en cuestión al amparo de la ley del primero [5].

7. Partiendo de algunas ideas expresadas por los estatutarios holandeses, particularmente Ulrich Huber, un grupo de juristas anglo-americanos desarrolló una nueva teoría de los conflictos de las leyes basadas por completo en la noción de los derechos adquiridos. Para Dicey, su principal expositor, « Todo derecho debidamente adquirido al amparo de la ley de un país civilizado es reconocido y en general sancionado por los tribunales ingleses » [6]. Posteriormente otros autores se adhirieron a la teoría y algunos la elaboraron extensamente. Este es el caso de Beale, en los Estados Unidos. Tratando también de explicar la territorialidad del derecho y reafirmándola, al ponente del *Restatement of Conflict of Laws* del Instituto Americano de Derecho, concibió a todos los derechos como el producto creado por una ley determinada, que es la única autorizada para cambiarlo. Mientras esto no ocurre, el derecho en cuestión « debe ser reconocido en todas partes, pues no se hace más que reconocer la existencia de un hecho » [7]. La concepción del conflicto de las leyes como sistema de normas aplicables al reconocimiento y ejecución de los derechos adquiridos extranjeros ha merecido cierta acogida en la jurisprudencia anglo-americana, al igual que ha sido objeto de severas críticas entre los publicistas [8].

8. La versión francesa de la teoría de los derechos adquiridos, a diferencia de la concepción anglo-americana, no reduce todo el problema del conflicto de las leyes al reconocimiento y ejecución extraterritoriales de estos derechos. En efecto, para Pillet, que fue su primer expositor, el derecho internacional privado tiene por objeto principalmente la condición jurídica de los extranjeros y la solución de los conflictos de las leyes en el espacio y, a título complementario, el principio del respeto internacional de los derechos adquiridos [9]. Esta concepción ha sido elaborada especialmente por Niboyet. Según él, el conflicto de leyes se propone exclusivamente investigar la ley competente para « dar origen » a un derecho, pero esto no basta para « asegurar su eficacia internacional »; el principio del respeto internacional a los derechos adquiridos es absolutamente necesario para que las leyes produzcan en el espacio todo su efecto útil [10]. Esta concepción parece haberse reflejado en la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), cuyo Artículo 8 establece explícitamente que « los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional » [11].

9. El reconocimiento de los derechos adquiridos al amparo de leyes extranjeras tiene otro aspecto en el derecho internacional privado que también debemos mencionar. Aludimos a los problemas de derecho intertemporal o transitorio que pueden presentarse con motivo de la aplicación de las normas de conflicto « en el tiempo »; es decir, con motivo de la retroactividad o irretroactividad de las normas del derecho internacional privado. Se ha querido resolver estos problemas mediante el criterio, puro y simple, de la retroactividad, o atenuando este criterio si la relación jurídica hubiera tenido contacto con el *forum* mientras regía aún la antigua norma de conflicto, por el criterio totalmente opuesto de la irretroactividad, o mediante los principios o criterios generales por que se rijan las cuestiones de derecho transitorio en el Estado en que se produjo el cambio de la norma de conflicto. Independiente del criterio aplicable, la cuestión substancial que se plantea es la de saber qué efectos tendrá la nueva norma de derecho internacional privado respecto de los derechos adquiridos al amparo de la antigua.

36. Esfera de validez de las medidas que afectan derechos adquiridos

10. Como puede advertirse, las aplicaciones que tiene en el derecho internacional privado la « doctrina de los derechos adquiridos » se relacionan sólo en algunos aspectos con los problemas que suscita la validez extraterritorial de las medidas de confiscación, de expropiación o de nacionalización. Y lo mismo ocurre cuando se acude a otras nociones, concepciones y principios del derecho internacional privado, según se verá en seguida. La razón es obvia: dichos problemas no son idénticos a los que común y corrientemente corresponde resolver a esta disciplina jurídica. Consiguientemente, para atender a los demás aspectos del tema, y poder conocer con mayor

[4] Sobre los antecedentes de las doctrinas modernas, particularmente entre los autores holandeses del siglo XVII, véase Arminjon, « La notion des droits acquis en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1933-II), vol. 44, págs. 8 y siguientes.

[5] « *Synthèse du droit international privé* » (s.f.) vol. I, nos. 40 a 41. Véase también del mismo autor « La quintessence du droit international privé », *Journal Clunet* (1900), págs. 5 y 58.

[6] *A Digest of the Laws of England with reference to the Conflict of Law*, Introduction.

[7] *Summary of the Conflict of Laws*, N.° 47.

[8] Véase al respecto Arminjon, *loc. cit.*, págs. 29 y siguientes; Nussbaum, *Principios de Derecho Internacional Privado* (trad. del inglés por Schoo, 1947), págs. 32 y siguientes; Cheschire, *Private International Law* (3.ª ed. 1947), págs. 46 y 52.

[9] *Principes de droit international privé* (1903), pág. 495.

[10] *Principios de Derecho Internacional Privado* (trad. de la 2.ª ed. francesa por Rodríguez Ramón), pág. 258. Véase también Niboyet, *Cours de droit international privé francais* (2.ª ed., 1949), págs. 4 y siguientes.

[11] Véase *Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936* (publicación de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional), pág. 305. Sobre la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en la doctrina Bustamante, véase Bustamante, *Derecho Internacional Privado* (1934), vol. I, págs. 158, 169 y 394.

precisión la esfera de validez de esas medidas, es necesario contar con otros elementos de juicio, que cuando no nos lo pueda proporcionar el derecho internacional privado los hallaremos en principios jurídicos de otra índole.

11. En este sentido, conforme a principios universalmente aceptados, los tribunales de un país aplican leyes extranjeras y reconocen y ejecutan sentencias o decisiones judiciales dictadas por los de otro. Esto obedece a que la esfera de validez del derecho interno no está circunscrita exclusivamente al territorio del Estado. El derecho interno, en efecto, puede tener efectos extraterritoriales. Ahora bien, ¿cuándo y en qué circustancias cabe invocar en un país el derecho de otro? O para limitarnos a la cuestión que únicamente interesa ahora, ¿cuándo y en qué circunstancias cabe invocar en un país medidas que afecten derechos patrimoniales dictadas en otro? En una palabra, ¿cuál es la esfera de validez (territorial) de las leyes que rigen la propiedad privada?

12. Ni aun en los sistemas jurídicos más profundamente influidos por las doctrinas territorialistas, se excluye enteramente la aplicación del derecho extranjero en materia de bienes. En el sistema anglo-americano, cuyo territorialismo es de los más acentuados, todavía se mantiene la distinción entre bienes muebles e inmuebles, y no siempre se somete los primeros a la *lex rei sitae*. El Código de Derecho Internacional Privado (« Código Bustamante »), no obstante establecer que « los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación » (Art. 105), dispone que las sucesiones intestadas y las testamentarias se regirán « ... por la ley personal de causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren » (Art. 144). Las referencias podrían mutiplicarse, pero con éstas basta para demostrar que la extraterritorialidad del derecho puede abarcar en ciertas hipótesis al régimen de los bienes. La determinación de esas hipótesis y de las condiciones y circunstancias en que procede la aplicación *extra territorium* de leyes o medidas que afectan derechos patrimoniales, se ha hecho depender de principios y normas de derecho internacional privado. Ahora bien, ¿cabría realmente resolver, mediante el simple recurso de esos principios y normas, los problemas específicos que se suscitan cuando hay que determinar la esfera de validez territorial de leyes que proponen la expropiación o la confiscación de bienes que se encuentran en un tercer Estado o que son traídos a éste después de haberse dictado y ejecutado aquéllas? A pesar de las marcadas analogías que se advierten cuando se examina la práctica judicial sobre la materia, cabe abrigar serias dudas, que han hecho a algunos publicistas reflexionar sobre el particular.

13. Para Van Hecke, por ejemplo, no es difícil justificar el dejar a un lado las normas generales del derecho internacional privado cuando se trata de determinar el alcance territorial de las medidas de confiscación, porque el punto por decidir no es la determinación de la ley aplicable a relaciones privadas, sino la del poder soberano del Estado. En este sentido observa que las leyes penales, fiscales y políticas caen fuera del dominio del derecho internacional privado, porque son manifestaciones de la soberanía estatal y, como tales, parte del derecho público [12]. Adriaanse, quien sí estima que corresponde al derecho internacional privado determinar los efectos extraterritoriales de las medidas de confiscación, admite sin embargo que el destacado papel que juega la interferencia del Estado en esta materia no debe ser dejado de lado en el examen de las reglas de conflicto que se apliquen [13]. En otro orden de ideas, Hjerner ha escrito recientemente que si los problemas que plantean las confiscaciones extranjeras se resolvieran conforme a las reglas comunes y corrientes del derecho internacional privado, bastaría con aplicar la *lex rei sitae*. Pero como esto no lo estima correcto por varias razones, ni porque tampoco ocurre en la práctica judicial, cree que debe pensarse en términos de la « ley de la confiscación », o la del « contrato », cuando se trate de medidas que afectan deudas, a fin de que el tribunal pueda decidir el caso conforme a otros elementos de juicio que no deben ser ignorados [14].

14. Según podrá comprobarse en el curso de las dos secciones que siguen será necesario, efectivamente, acudir a nociones y principios jurídicos que no siempre coinciden con los del derecho internacional privado, si se desea resolver adecuadamente los problemas que plantea la validez extraterritorial de las medidas de confiscación o de nacionalización. Dada la naturaleza misma de los sistemas de conflicto de leyes, no sólo será difícil lograr la uniformidad de las soluciones, sino que el juez o tribunal actuará por fuerza con una marcada inclinación localista al examinar y resolver cuestiones que, pese a la forma en que llegan a él, presentan aspectos de fondo profundamente internacionales. En otro orden de ideas, no debe olvidarse, especialmente, que cuando se plantea la cuestión de los efectos extraterritoriales de una confiscación o una expropiación, es precisamente porque se estima que los bienes que se encuentran en el exterior forman una parte integrante del patrimonio afectado por la medida. En estas circunstancias, el principio de la territorialidad tendría que ser concebido de manera diferente a como tradicionalmente se le ha concebido y aplicado. Y lo mismo ocurrirá con otros conceptos trasplantados de los sistemas nacionales de derecho internacional privado.

37. Condiciones a que se subordinan los efectos extraterritoriales de estas medidas

15. El examen de las condiciones o requisitos a que se subordinan los efectos extraterritoriales de las medidas de confiscación y la expropiación requiere una clasificación sistemática de los diferentes casos y situaciones que se presentan en la práctica. En primer término hay que distinguir aquéllos en que los bienes se encuentran en el Estado que toma la medida de aquéllos en que se encuentran en un tercer Estado al tiempo de tomarse la medida. En la primera hipótesis el Estado tendrá que decidir solamente sobre la validez del título de adquisición de los bienes, mientras que en la segunda, además, ejecutarla o hacerla efectiva respecto de los bienes que se encuentran en su territorio. A esta distinción corresponden las dos subsecciones en que se ha dividido esta sección. Aparte de otras distinciones y clasificaciones que también pueden hacerse, una tiene especial impor-

[12] « Confiscation, Expropriation and the Conflict of Laws », *International Law Quarterly* (1951), vol. 4, págs. 349 y 354.

[13] Adriaanse, *Confiscation in Private International Law* (1956), págs. 10 y 11.

[14] « The General Approach to Foreign Confiscations », *Scandinavian Studies in Law*, (1958), págs. 200 a 202.

tancia. Aludimos a la distinción entre medidas confiscatorias propiamente dichas y medidas de expropiación o nacionalización en que media indemnización. Como se verá en seguida, los precedentes judiciales relativos a las primeras son mucho más abundantes que los relativos a las segundas.

a) *Bienes situados en el Estado*

16. Esta subsección se contrae a la hipótesis de que sean traídos a un tercer Estado bienes que, al tiempo de tomarse la medida, se hallaban situados en el territorio del Estado que la tomó. Los casos que se presentan en la práctica dentro de esta hipótesis pueden agruparse del siguiente modo: *a*) cuando los bienes son traídos por el Estado adquirente o por un cesionario o nuevo titular a un tercer Estado y el antiguo dueño entabla una acción reivindicatoria ante los tribunales locales, que es el caso más frecuente; y *b*) cuando el Estado adquirente (o un cesionario o nuevo titular) pierde la posesión de los bienes con posterioridad a la adquisición y trata de reivindicarlos ante los tribunales del Estado donde ahora se encuentran. El principio que parece haber consagrado la jurisprudencia interna y con arreglo al cual se han decidido estos casos, es el de que las medidas que afectan bienes situados en el territorio del Estado, cualesquiera que sean el carácter de la medida (expropiación o confiscación), la naturaleza de los bienes o la nacionalidad de los antiguos titulares, deberán ser « reconocidas » en los demás Estados; esto es, que dichas medidas tienen efectos extraterritoriales.

17. Ahora bien, ¿cuál es la *ratio decidendi* de esa jurisprudencia? Las decisiones judiciales se fundan en estos dos principios, y a veces en los dos simultáneamente: el de la inmunidad del Estado extranjero (« *Acts of State* » *doctrine*) y el de la territorialidad (de las leyes que rigen la propiedad). El primero es el que se ha invocado con más frecuencia. La decisión que lo consagró fue la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Underhill v. Hernández* (1897): « Todo Estado soberano está obligado a respetar la independencia de los demás, y los tribunales de un país no conocerán de asuntos relativos a actos gubernamentales de otro realizados en el territorio de éste ». En un caso posterior (*Oetjen v. Central Leather Co.*, 1909), la Corte reiteró que los actos de un Gobierno extranjero « ... no pueden ser conocidos de nuevo ni modificados por los tribunales de este país ». En la jurisprudencia inglesa, aunque también se funda en este principio, se destaca la condición del reconocimiento del Gobierno de cuyas leyes o actos se trate, como lo demuestra el caso *Luther v. Sagor* (1921); en el cual le negó validez a una confiscación por el hecho de que el Gobierno soviético no había sido reconocido, para admitirla más tarde incluso con carácter retroactivo. Otra decisión inglesa del mismo tenor fue la dictada en el caso *Princess Paley Olga v. Weisz* (1929). El principio de la inmunidad del Estado, vinculado o no con la condición del reconocimiento, ha sido reiteradamente declarado en innumerables decisiones judiciales de otros países [15].

18. Aunque con mucha menor frecuencia los tribunales nacionales han reconocido efectos extraterritoriales a las confiscaciones mediante la aplicación de la *lex rei sitae*. Algunas decisiones alemanas han tenido este fundamento [16]. Conforme al razonamiento de estas y otras decisiones austriacas y belgas, la territorialidad de las leyes que rigen la propiedad exige que los títulos adquiridos a su amparo, respecto de bienes situados en el Estado que las dicta, sean reconocidos como válidos en cualquier otro [17]. En el caso *Luther v. Sagor* se invocó este principio conjuntamente con el de la inmunidad del Estado. Sin embargo, como se verá más adelante, la aplicación que principalmente le ha dado la jurisprudencia al principio de la territorialidad es con miras a determinar la validez de las confiscaciones de bienes situados fuera del Estado.

19. En contraste con esta abundante jurisprudencia favorable al reconocimiento de los efectos extraterritoriales de las confiscaciones en la hipótesis que examinamos, en algunas decisiones se les ha negado validez por estimarse que la medida era contraria, bien al orden público local (*public policy*), bien al derecho internacional; aparte de la circunstancia del no reconocimiento del Gobierno confiscante, a la que ya hemos aludido anteriormente. El primero de esos motivos — la noción del orden público — aparece principalmente en la jurisprudencia francesa relativa a las confiscaciones soviéticas. En el caso *Ropit* (1925), por ejemplo, el tribunal declaró que las disposiciones legales soviéticas presentan un carácter político y social que se opone a la legislación francesa, basada en el respeto de la propiedad indivdual [18]. En cuanto al segundo de los motivos mencionados, en fecha relativamente reciente la Corte Suprema de Aden negó efectos extraterritoriales a la Ley de Nacionalización de Irán, alegando que su carácter confiscatorio constituía un acto internacionalmente ilegal, que no podía ser reconocido como válido en el exterior (caso del *Rose Mary*, 1953). La Corte distinguió los casos ingleses anteriores (el *Luther* y el *Princess Olga*), indicando que no se trataba, como courría en ellos, de nacionales del Estado confiscante, sino de súbditos del país del *forum*. A este respecto se ha indicado que la Corte de Aden no tuvo en cuenta el hecho de que los tribunales ingleses no se habían negado a reconocer las confiscaciones de créditos situados en Rusia aun cuando el acreedor era súdbito británico, como tampoco lo habían hecho los tribunales estadounidenses con motivo de ciertas medidas mexicanas, aun cuando las personas afectadas eran de la nacionalidad del *forum* y también se les estimó incompatibles con el derecho internacional [19]. En todo caso, en decisiones posteriores dictadas por tribunales italianos y japoneses respecto de reclamaciones similares sobre los efectos extraterritoriales de la nacionalización irania, se reiteró el principio del reconocimiento de dichos efectos, por no estimarse tampoco a estos últimos contrarios al orden público local [20].

[15] *Cf.* Adriaanse, *op. cit.*, págs. 64 a 75.

[16] *Ibid.*, págs. 75 y 76.

[17] *Cf.* Seidl-Hohenvelden, « Extraterritorial Effects of Confiscations and Expropiations », *Michigan Law Review* (1951), vol. 49, pág. 859.

[18] Véase ésta y otras decisiones francesas, italianas y alemanas en Adriaanse, *op. cit.*, pág . 62 y 63.

[19] Seidl-Hohenvelden, « Recognition of Nationalizations by other Countries », en *International Bar Association, Fifth Conference* (Mónaco, 1954), págs. 35 y 36. Sobre las razones de tipo legal, político y comercial que se han tenido para reconocer la validez extraterritorial de estas confiscaciones, aun tratándose de nacionales del *forum*, véase el artículo del mismo autor citado en la nota 17, pág. 861.

[20] *Cf.* D. P., O'Connell, « A Critique of the Iranian Oil Litigation », *International and Comparative Law Quarterly* (1955), vol. 4, págs. 280 y siguientes.

20. Finalmente, cuando no se trate de medidas confiscatorias propiamente dichas, sino de expropiaciones o de nacionalizaciones en que ha mediado una compensación que no se estima inadecuada, naturalmente la situación no puede ni debe suscitar dificultad alguna. Tratándose de actos perfectamente compatibles con el derecho internacional y respecto de los cuales tampoco cabría oponer el orden público local, el reconocimiento de sus efectos extraterritoriales es ineludible. Sin embargo, la distinción entre estas dos categorías de medidas (confiscación propiamente dicha y expropiación o nacionalización mediante compensación), hasta donde cabe distinguirlas en la práctica, sí tiene gran importancia cuando la medida en cuestión afecta bienes que, en el momento de tomarla, no se encuentran situados en el territorio del Estado.

b) *Bienes situados en un tercer Estado*

21. A diferencia de la anterior, esta segunda subsección se refiere a la hipótesis de que, al tiempo de tomarse la medida, los bienes que ella se propone afectar se encuentran situados en un tercer Estado. Dada esta circunstancia — el *situs* de los bienes — y otras que se indicarán oportunamente, salvo en ciertos casos o situaciones de excepción, el principio que ha consagrado la jurisprudencia interna es el de que las medidas adoptadas por un Estado que se propongan afectar bienes situados en un tercero, si tienen carácter confiscatorio, independientemente de la nacionalidad de los titulares o la naturaleza de los bienes, no serán « ejecutadas » (o en su caso reconocidas) en el lugar en que estén sitos dichos bienes; esto es, que tales medidas carecerán de efectos extraterritoriales. Cuando se trate de medidas de expropiación la aplicación de este principio, según se verá más adelante, es menos rigurosa.

22. Ahora bien, ¿cuál es la *ratio decidendi* de la jurisprudencia a que ahora hacemos referencia? Las decisiones judiciales se fundan en estos dos principios, que a menudo se invocan simultáneamente: el del orden público y el de la territorialidad de las leyes que rigen la propiedad; este último en el doble sentido que se indicará oportunamente. En ocasiones también se ha invocado la intención y objeto territorialista de la medida, aunque tal vez en el fondo no haya sido éste el verdadero fundamento de la decisión del tribunal. Y lo mismo puede decirse respecto del no reconocimiento del Gobierno que tomó la medida, en los casos o decisiones en que se ha invocado esta circunstancia al negar validez extraterritorial a una confiscación.

23. El « orden público » es la noción a la que los tribunales nacionales parecen haber recurrido con mayor frecuencia, si se tiene en cuenta que a menudo figura, explícita o implícitamente, en decisiones judiciales que descansan primordialmente en el principio de la territorialidad. Inspirándose en la decisión del caso *Ropit*, al que ya se ha aludido, numerosas decisiones posteriores han invocado, o tomado en cuenta, la incompatibilidad de la propiedad privada. El caso *Bessel c. Société des Auteurs*, etc. (1931) y otras decisiones francesas implícitamente se fundan en el orden público, pero en algunas, como la dictada por la Corte de Apelación de París en el caso *Crédit National Industriel c. Crédit Lyonnais* (1926), se le menciona de un modo expreso. En una de las decisiones belgas relativas a las medidas nazis contra los judíos el tribunal declaró que la medida en cuestión « ... en efecto... autorizaba una expropiación sin mediar indemnización previa, que pugnaba, por lo tanto, con el principio del orden internacional belga ». Las confiscaciones de los bienes de la Congregación de los Cartujos también dio lugar a decisiones del mismo tenor en Alemania y Suiza; en esta última a la decisión sobre el caso *Banque Internationale de Commerce de Pétrograd c. Hausner* (1924). En los Estados Unidos las confiscaciones rusas dieron lugar a varias decisiones del mismo tenor. Las decisiones de tribunales de otros países que han invocado la máxima *odiosa sunt restringenda*, como la dictada por la Corte de Buenos Aires en el caso *Lecouturie v. Rey* (1905), pueden agregarse a este grupo [21].

24. El principio de la territorialidad de la ley no siempre aparece en las decisiones judiciales expresado en la misma forma, y ello se explica debido a que en cada caso se tiene en cuenta la naturaleza específica de la medida. Así, por ejemplo, un grupo de decisiones se refiere a leyes de policía y seguridad, cuya esfera de validez y aplicación se circunscribe al territorio del Estado que las dictó. Otro grupo a leyes penales, a las que se le atribuye el mismo alcance, como ocurrió, entre otras, en las decisiones inglesas e italianas relativas a la confiscación de los bienes del ex Rey Alfonso de Borbón. Otro grupo, en fin, en el cual figuran decisiones holandesas y suizas, al caracter político de las medidas de cuya aplicación se trataba. Dentro de las decisiones que descansan en el principio de la territorialidad cabe agrupar, asimismo, las que han negado la aplicación de la medida alegando que su intención u objeto no era el de que se les aplicara *extra territorium* [22].

25. Veamos ahora los casos o situaciones de excepción a que se aludió más arriba. Como acertadamente señalan casi todos los publicistas, las decisiones aludidas obedecen a razones especiales. Aunque no siempre, estas razones especiales son la existencia de un tratado que específicamente estipula la ejecución extraterritorial de la medida. Se conocen, en efecto, algunas decisiones de tribunales holandeses, italianos, de Túnez y de Georgia (con anterioridad a su incorporación a la Unión Soviética), que admitieron la validez extraterritorial de medidas confiscatorias [23]. Pero las restantes obedecen a estipulaciones contractuales. Los que inauguran el sistema son los tratados que concertó la Unión Soviética con varios países de la Europa oriental poco después de la terminación de la Primera Guerra Mundial. Conforme a estos tratados, los bienes pertenecientes a nacionales rusos fueron traspasados al Estado en cuyo territorio se encontraban, a fin de que, una vez efectuado el traspaso, la operación que cada uno contemplaba pudiese ser realizada de Estado a Estado. Pero lo que le dio notoriedad al sistema fue el llamado *Litvinov Assignment*, que se tradujo en un convenio ejecutivo con Estados Unidos, de 25 de noviembre de 1933, mediante el cual se reconoció al Gobierno Federal como cesionario de los haberes de las compañías nacionalizadas por la URSS. En el conocido caso *Pink* (1942) la Corte Suprema sostuvo « ... que el derecho a los haberes del patrimonio

[21] Véase Adriaanse, *op. cit.*, págs. 81 a 84, 86 y 87.

[22] *Ibid.*, págs. 84 a 88.

[23] *Ibid.*, pág. 89. No es cierto, por lo tanto, como han asegurado algunos publicistas (por ejemplo, Seidl-Hohenvelden, *loc. cit.*, en la nota 6. pág. 853) que la única base legal de estas excepciones es la existencia de un tratado entre los dos países interesados.

en cuestión había sido adquirido por el Gobierno soviético como sucesor de la *First Russian Insurance Company*; que ese derecho ha sido adquirido por los Estados Unidos en virtud del *Litvinov Assignment*; y que los Estados Unidos tienen el derecho de propiedad frente a la compañía y los acreedores extranjeros »[24]. Hasta cierto punto, en el examen de estos casos se destaca, no tanto el reconocimiento o la ejecución extraterritorial de medidas confiscatorias respecto a bienes situados en un tercer Estado, sino su cesión y traspaso a éste por el Estado confiscante. Naturalmente el reconocimiento o la ejecución extraterritorial de las medidas existió, pero más bien como un acto previo y necesario a la cesión y el traspaso de los bienes.

26. Cuando no se trata de confiscaciones propiamente dichas, ni de medidas a las que cabe atribuirle ese carácter, la cuestión del reconocimiento y la ejecución no se plantea en los mismos términos. En efecto, aun cuando una interpretación estricta del principio de la territorialidad conduciría a idénticos resultados, no ocurre igual respecto de la noción del orden público, toda vez que la privación de la propiedad privada por causa de utilidad pública y mediante indemnización es un derecho del Estado reconocido universalmente. Sin embargo, como acertadamente se ha observado, hasta una fecha relativamente reciente en la mayor parte de los Estados se estimaba la ejecución de expropiaciones extranjeras de bienes locales tan incompatible con su soberanía como la de las medidas confiscatorias. Pero durante la guerra civil española, Francia admitió la requisición de buques españoles iniciada en alta mar y terminada en puertos franceses. Durante la segunda guerra mundial los tribunales ingleses y norteamericanos reconocieron la validez de decretos dictados por los Gobiernos en el exilio de Noruega y Holanda, mediante los cuales dichos Gobiernos adquirían los bienes de sus respectivos nacionales que se hallasen en territorio extranjero. *Lorentzen v. Lydden (1942)* y *Anderson v. Transandine*, etc. (1941) son los casos más conocidos de esa época, así como la decisión de la Corte Suprema sueca en el caso del *Rigmor* (1941), sobre todo si se tiene en cuenta la condición de neutral del país del *forum*. En esta decisión se declaró que el decreto noruego por el que se traspasaba la propiedad de un buque tanque de esa nacionalidad, no suponía un abandono de los principios del derecho sueco. Terminada la guerra, la Corte Suprema austriaca y tribunales ingleses y canadienses declararon que estaban dispuestos a atribuir efectos a las expropiaciones extranjeras respecto de los bienes locales, siempre que fuese justa la indemnización[25].

27. Algunos publicistas han apuntado el problema, que todavía no han tenido ocasión de conocer, que se suscitaría con motivo de un convenio para el pago de una compensación global (*lump-sum agreement*) entre el Estado expropiante y el Estado de la nacionalidad de las personas afectadas y en cuyo territorio se encuentren algunos de los bienes objeto de la expropiación o nacionalización. Seidl-Hohenvelden opina que las estipulaciones de estos convenios excluyen los haberes situados en el Estado de la nacionalidad. Como la cantidad convenida como compensación no supone una indemnización « adecuada », no se puede pensar que han sido adquiridos por el otro Estado en virtud de la expropiación[26]. Van Hecke contempla la cuestión desde otro ángulo. Los tribunales del Estado de la nacionalidad tendrían la libertad de determinar si la cantidad global constituye una compensación adecuada y, de estimar que no, resolver que se trata de una medida confiscatoria al orden público. Aun cuando el convenio — como generalmente ocurre en estos instrumentos — contenga una estipulación dando por satisfecha todas las relaciones, todavía los tribunales podrían determinar si los interesados habían prestado su consentimiento libremente[27]. Respecto de esta cuestión debe tenerse en cuenta ante todo que, a diferencia de los casos anteriores, en la situación que ahora se contempla se trata de nacionales del Estado del *forum*, respecto de cuyos intereses los tribunales tendrán por fuerza que ser más rigurosos en la observancia del « orden público » local. Pero fuera de esta razón, más bien de orden práctico, la situación debiera examinarse a la luz del sistema que en los *lump-sum agreements* ha recibido una consagración convencional. Si, según se recordará de nuestro Cuarto informe, cuando se trate de nacionalizaciones no se requiere necesariamente el pago de una compensación « adecuada, rápida y efectiva »[28], ¿por qué suponer que los tribunales juzguen la cuestión y la resuelvan con los criterios aplicables a las expropiaciones del tipo comúny corriente?

38. Algunas consideraciones acerca de estos requisitos

28. Ante todo permítasenos recoger una observación que han hecho algunos publicistas en el sentido de que los precedentes judiciales no guardan la uniformidad que sería de desear en cuanto a las nociones y los principios jurídicos con que se han examinado y resuelto los problemas relativos a la validez extraterritorial de las confiscaciones y expropiaciones[29]. Indudablemente, si hubiésemos tenido ocasión de presentar aquí una exposición más detenida de la práctica judicial en la materia, se hubiera podido comprobar esta observación, cuya importancia no debe estimarse en menos si eventualmente se extendiera la codificación del tema de la responsabilidad a este aspecto complementario del derecho de expropiación. En todo caso, esa circunstancia nos permite formular algunas observaciones generales en torno a los requisitos o condiciones a que se han venido subordinando los efectos extraterritoriales de las medidas que afectan derechos patrimoniales. En este sentido nos referimos sucesivamente al principio de la territorialidad, a la noción del orden público y a la inmunidad del Estado extranjero o doctrina de los *Acts of State*.

29. En cuanto al principio de la territorialidad, tal vez porque en las decisiones judiciales se le ha identificado fundamentalmente en la *lex rei sitae*, presenta ciertas inconsistencias en su aplicación. Así, por ejemplo, cual-

[24] *Cf.* Adriaanse, *op. cit.*, págs. 90 a 96.

[25] *Cf.* Seidl-Hohenvelden, *op. cit.*, pág. 865.

[26] *Ibid.*, págs. 867 y 868.

[27] *Loc. cit.*, pág. 350.

[28] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1959*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 59.V.1, Vol. II), documento A/CN.4/119, págs. 17 a 25.

[29] Véase a este respecto Seidl-Hohenvelden, *loc. cit.*, pág. 868; O'Connell, *loc. cit.*, págs. 267, 293. Hjerner ha indicado que « Si se tuviesen en cuenta únicamente aquellas razones que se invocan explícitamente en las decisiones judiciales, la actitud de los tribunales frente a las confiscaciones extranjeras produciría una impresión contradictoria y confusa ». *Loc. cit.*, págs. 205 y 206.

quiera que sea el sentido o aspecto en que se le interprete (no extraterritorialidad de las medidas o competencia exclusiva del Estado sobre los bienes que se encuentran en su territorio), en rigor la aplicación del principio no es compatible con el reconocimiento de la validez de títulos adquiridos por confiscación sobre bienes traídos con posterioridad al Estado del *forum*, y mucho menos con la ejecución de medidas expropiatorias respecto de bienes situados en el exterior. Ni la presencia de una compensación en este último caso, ni la inmunidad del Estado extranjero en el primero, que son las razones que recíprocamente han servido para abandonar el principio, tienen relación lógica alguna con él. En otro orden de ideas, como ha señalado Hjener, tampoco siquiera respecto de los bienes tangibles existe unanimidad acerca de cómo se aplicará el principio de la territorialidad, para no mencionar el caso de las deudas y los derechos de propiedad industrial e intelectual que carecen de *situs* en el sentido estricto del vocablo [30]. Por su parte Seidl-Hohenvelden ha indicado que el principio también pierde fuerza frente a la doctrina, que estima discutible, en virtud de la cual la lealtad que el nacional debe a su país permite a éste exigirle que le entregue sus haberes en el exterior y adquirir un derecho sobre esos bienes que será reconocido dondequiera [31]. Estas y otras consideraciones demuestran que el principio de la territorialidad no puede obrar más que como un factor relativo en la determinación de la validez extraterritorial tanto de las conscaciones como de las expropiaciones. Aludimos, naturalmente, a su concepción tradicional, esto es, entendido como expresión pura y simple de la *lex rei sitae*, puesto que concebido en otros términos y con un carácter más flexible seguramente sería capaz de viabilizar fórmulas que solucionasen lógica y adecuadamente los problemas a que nos estamos refiriendo.

30. La noción del orden público, en cierto sentido, presenta inconvenientes todavía más graves. Respecto del principio de la territorialidad es indudable que presenta la enorme ventaja de que, intrínsecamente, no constituye un obstáculo legal al reconocimiento de la extraterritorialidad de las medidas que afectan derechos patrimoniales ni tampocoaé su ejecución. Pero en la práctica esta ventaja está contrarrestada por la circunstancia de que el « orden público » es una noción, no solamente subordinada a conceptos y principios jurídicos nacionales, sino también susceptible de ser interpretada en forma arbitraria por los tribunales del Estado donde se suscite la cuestión. Por ejemplo, en materia de expropiación, como ha observado Van Hecke, el tribunal extranjero tendrá la tarea de juzgar si la cantidad y la forma de la compensación son tan injustas como para darle carácter confiscatorio a la medida [32]. Cuando se trata de medidas de confiscación propiamente dichas se alegará que su naturaleza penal o fiscal justifican la aplicación de la máxima *Odiosa sunt restringenda* [33].

31. Respecto de lo primero, debiera realmente someterse la legalidad de una compensación al juicio de un tribunal extranjero, que necesariamente la juzgará con arreglo a los principios y conceptos jurídicos del *forum*, para no pensar en las consideraciones extrajurídicas que podrían intervenir en su decisión si las personas afectadas fuesen de la nacionalidad del tribunal. Respecto de lo segundo, tampoco el recurso al orden público estaría justificado en todas las hipótesis. Aunque con carácter excepcional pudiera pensarse en medidas confiscatorias tomadas a título de sanciones penales perfectamente justificables a la luz de cualquier sistema jurídico, o en medidas fiscales o tributarias requeridas por intereses superiores del Estado que tampoco serían incompatibles con principios y prácticas muy generalizadas. Dentro de la primera hipótesis cabría pensar, incluso, en la situación especial de la medida que tomase un Gobierno con el objeto de reivindicar o recuperar haberes malversados que han sido depositados en el exterior. Del mismo modo que es común en los tratados y la práctica de la extradición, solicitar y obtener la entrega del delincuente junto con los objetos que especialmente sean producto del delito, el tribunal extranjero no podría negarse a ejecutar la medida sin cometer un manifiesto abuso del « orden público ». Si es cierto, como a menudo se afirma [34], que el verdadero propósito en que se inspiran las decisiones judiciales en esta materia ha sido el de « proteger la propiedad privada » que se encuentra bajo la jurisdicción del *forum* contra medidas extranjeras que se estiman contrarias al principio del respeto de los derechos adquiridos, ¿podrían los mismos tribunales extender esa protección a bienes o haberes producto de operaciones que comportan hechos punibles en cualquier parte del mundo? Téngase presente, sobre este particular, que en dos conocidas decisiones judiciales se llegó a decir, incluso, que el « orden público » exigía el reconocimiento y la ejecución extraterritoriales de los decretos de expropiación [35].

32. Veamos finalmente un problema que se ha planteado desde fecha reciente con motivo del principio que asegura la inmunidad del Estado extranjero ante la jurisdicción local (« *Acts of State* » *doctrine*). Nos referimos a la tendencia que aboga por que se abandone el principio, por entender que su aplicación impide a los tribunales nacionales proteger los derechos adquiridos de los particulares afectados por medidas confiscatorias o por aquellas que no contemplen una indemnización adecuada. Entre los partidarios de esta tendencia figura predominantemente la Rama Americana de la *International Law Association* [36]. Si recordamos según se indica en la subsección *a*) de la sección anterior, en qué casos o situaciones se aplica el principio y cuáles con los resultados a que su aplicación conduce en la práctica, advertiremos sin dificultad que el propósito a que responde la nueva tendencia es el de limitar los efectos extraterritoriales de las medidas extranjeras autorizando a los tribunales locales a que las examinen y revisen si las estiman contrarias al principio del respeto a la propiedad privada que dichos tribunales deben salvaguardar. Ahora bien, estaría realmente justificado el

[30] *Ibid.*, págs. 202 y 203.

[31] *Loc. cit.*, pág. 866.

[32] *Loc. cit.*, pág. 349.

[33] *Cf.* B. A. Wortley, « Expropriation in International Law », *Transactions of the Grotius Society of International Law* (1947), vol. 33, págs. 33 y 34.

[34] Seidl-Hohenvelden, *loc. cit.*, pág. 860 y Hjerner, *loc. cit.*, pág. 207.

[35] Aludimos a *Lorentzen v. Lydden* (1942) y a *Anderson v. Transandine*, etc. (1941) que mencionamos más arriba.

[36] *Cf.*, *International San Association, New York University Conference* (1958), International Committee of Nationalization (Report), págs. 16 y 17. Para una defensa más elaborada de tendencia véase « The Act of State Doctrine and the Rule of Law », J. N. Hyde, *American Journal of International Law* (1959), vol. 53, págs. 635 a. 638

abandono del principio tratándose, como aquí ocurre, de medidas que caen dentro de la categoría de actos *jure imperii*; es decir, ¿se justificaría que un tribunal extranjero juzgase la validez de actos de esta naturaleza de un Estado sólo para asegurar que se han respetado los derechos patrimoniales de los particulares? El Magistrado Lauterpacht, después de estudiar el tema general con el detenimiento que le es usual, llega a la conclusión de que se debe continuar observando el principio de la inmunidad respecto de los actos legislativos y las medidas que se tomen para implementarlos, y que esto incluiría específicamente la inmunidad del Estado extranjero — distinguiéndolo de las personas que puedan ser sus cesionarios o sucesores — en cuanto a la nacionalización de la propiedad de los extranjeros en virtud de una ley o decreto general, aunque se le estime contrario al derecho interno [37]. Sin ignorar las ventajas que pudieran derivarse de una gradual revisión del principio, no parece conveniente lo que aboga la nueva tendencia, al menos mientras los tribunales nacionales persistan en juzgar la validez de estas medidas conforme al « orden público » local.

33. En relación con las anteriores consideraciones permítasenos antes de concluir esta sección llamar la atención hacia una tendencia que parece abrirse paso entre los publicistas especializados en la materia. Esta tendencia consiste en abogar por que se examinen y resuelvan los problemas que se plantean con motivo de los efectos extraterritoriales de las medidas que afectan derechos patrimoniales, a la luz de los principios y normas del derecho internacional (público) que rigen la validez de esas medidas. Por ejemplo, F. Morgenstern ha señalado la mayor significación que tendría el rechazo en un Estado de la legislación dictada en otro, cuando esta actitud se funda en la incompatibilidad de esa legislación con el derecho internacional [38]. Van Hecke, por su parte, estima obvio que el progreso del derecho en esta materia sólo se logrará mediante la « protección judicial internacional de los derechos del hombre » [39]. En un estudio reciente el Profesor Wortley examina todos los problemas que han originado los efectos extraterritoriales de las confiscaciones, expropiaciones y nacionalizaciones a la luz de un criterio básico: la compatibilidad o incompatibilidad de la medida con el derecho internacional (público) [40].

34. Las consideraciones que anteceden y otras muchas que se han omitido aquí, revelan la necesidad que se reexamine en su totalidad la teoría y la práctica relativas a los efectos extraterritoriales de las medidas que afectan derechos patrimoniales. No nos corresponde a nosotros ensayar siquiera esa tarea, y mucho menos sobre la base de un estudio tan superficial como el que hemos hecho. Pero sí cabría, a los fines de este Capítulo del Informe formular estas observaciones generales. En este sentido, el principio de la territorialidad debería ser independizado por completo de la noción tradicional de la *lex rei sitae*, a fin de que, entre otras cosas, permita concebir como una « unidad patrimonial » todos los bienes afectados por una medida, sea cual fuere su naturaleza o el lugar en que dichos bienes se encuentren. Sólo de esta manera sería realmente eficaz el derecho de expropiación que universalmente se reconoce al Estado. Y en cuanto a la noción del orden publico, también trasplantada sin apreciables variantes de los sistemas nacionales de derecho internacional privado, substituirla enteramente por los principios y normas del derecho internacional (público) que determinan las condiciones a que subordina el ejercicio legítimo del derecho de expropiación. Si estas condiciones son las que le dan validez desde el punto de vista del derecho internacional a las medidas que afectan derechos adquiridos, no hay razón alguna para continuar subordinando sus efectos extraterritoriales a otros de carácter nacional; especialmente si se tiene en cuenta que en algunas decisiones judiciales, dentro de la noción del orden público, esporádicamente se han involucrado conceptos y principios del derecho internacional en la materia.

II. Sistemas de arreglo de controversias

35. Durante estos últimos años ha adquirido actualidad el problema relativo al arreglo de controversias sobre derechos adquiridos, como lo demuestran las crecientes propuestas que se vienen haciendo a ese objeto. Ello se debe, entre otras razones, a que estas controversias presentan ciertas peculiaridades o características distintivas cuando se las compara con las demás.

36. En primer lugar, a diferencia de las controversias que versan sobre daños causados a los extranjeros, incluso cuando se trata de daños causados a sus bienes, por actos u omisiones ilegales imputables al Estado, en las que versan sobre derechos adquiridos la responsabilidad internacional no arranca de la mera existencia de la medida que afecta esos derechos, sino las condiciones y circunstancias que concurren en su adopción o en su aplicación; salvo las excepciones de tratados y ciertos contratos o concesiones de la naturaleza de los que examinamos en nuestro cuarto informe. Es decir que salvo estas excepciones la responsabilidad internacional no se origina de un acto u omisión « ilegal », sino del ejercicio « arbitrario » de la facultad del Estado de afectar los derechos patrimoniales de los particulares. En consecuencia, estas controversias pueden suscitarse en relación con cualquiera de las condiciones o requisitos a que se subordina el ejercicio legítimo de esa facultad desde el punto de vista del derecho internacional, aunque el caso más corriente sea el que se refiere a la cuantía de la compensación. Cuando se trata de « reclamaciones contractuales » se presenta una situación especial si existe una Cláusula Calvo en el contrato o concesión cuyo incumplimiento, interpretación o aplicación ha motivado la controversia.

39. El arreglo entre los Estados interesados

37. Los métodos y procedimientos a que todavía se recurre con mayor frecuencia para el arreglo de las controversias a que venimos aludiendo, son los métodos y procedimiento tradicionales; es decir, los que procuran el arreglo de la controversia entre los do Estados intere-

[37] « The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States », *British Year Book of International Law* (1951), pág. 237.

[38] « Recognition and Enforcement of Foreign Legislative, Administrative and Judicial Acts which are Contrary to International Law », *International Law Quarterly* (1951), vol. 4, pág. 344.

[39] *Loc. cit.*, pág. 357.

[40] « The General Principles of Private International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1958-II), vol. 94, págs. 192 y siguientes.

sados, el Estado demandado y el Estado de la nacionalidad del particular perjudicado. A veces esta forma de arreglo consiste en negociaciones directas entre los dos Estados, que culminan generalmente, cuando la negociación tiene éxito, en la conclusión de un tratado o convenio en que se estipulan los términos de arreglo. Otras veces, en cambio, se conviene en el recurso a organismos arbitrales, que son los que conocen de la controversia y la resuelven. En este segundo caso continúa siendo un arreglos entre los Estados interesados, toda vez que siguen siendo ellos las partes en la controversia.

a) *El arreglo diplomático o negociación directa*

38. Dentro de esta forma de arreglo se destacan los tratados y convenios concluidos entre los Estados interesados en la nacionalización mexicana del petróleo y las nacionalizaciones llevadas a cabo después de la guerra por los países de la Europa oriental. No aludimos precisamente a los llamados *lump-sum agreements*, que examinamos en nuestro cuarto informe, sino a otros en los cuales no se estipuló la cuantía de la compensación global que se pagaría por los bienes expropiados a los nacionales de los respectivos Estados contratantes. Los convenios a que ahora nos referimos, aunque también se proponían fundamentalmente solucionar el problema de la compensación, contemplaban distintas fórmulas y medios que permitieran llegar eventualmente a la solución de dicho problema.

39. En un primer grupo de estos convenios el arreglo de la controversia suscitada con motivo de las nacionalizaciones no figura como único objeto del instrumento, y a veces ni siquiera como el objeto principal. Así, por ejemplo, los dos convenios que suscribió en 1946 Estados Unidos con Checoeslovaquia y Polonia, parecen haber obedecido más bien al establecimiento de relaciones comerciales y a la concertación de un empréstito, respectivamente. En todo caso contenían una cláusula en cuya virtud los países contratantes se comprometían a pagar una « compensación adecuada y efectiva » a los nacionales de la otra parte por los derechos e intereses en propiedades que hubiesen sido o fuesen nacionalizadas. Una modalidad dentro de este grupo de convenios la constituyen aquellos que, concluidos también en ocasión de negociaciones comerciales, estipulan que la parte que había nacionalizado bienes o intereses de nacionales de la otra reconocería a éstos derechos de « nación más favorecida », tanto respecto del procedimiento, como de las bases para calcular la compensación y la cantidad en que se fijase [41].

40. Conforme al sistema de un segundo grupo de estos convenios, el particular interesado deberá entablar la reclamación ante las autoridades competentes del Estado que ha nacionalizado sus bienes, pero al propio tiempo se le aseguran determinadas facilidades al efecto, tales como la de poder visitar las empresas nacionalizadas, la de obtener información relativa al estado y valor de las empresas y la de participar en la preparación de inventarios. Algunos de ellos, además, contemplaban la creación de una comisión mixta encargada de velar por el cumplimiento de las estipulaciones del convenio. Existe, por último, un tercer grupo de convenios en que se siguió un sistema muy similar, como ha observado Foighel, el que tradicionalmente se ha seguido para obtener la reparación por daños sufridos por extranjeros con motivo de actos u omisiones ilegales imputables al Estado. Algunos de estos convenios disponían la creación de un grupo de expertos a quienes se confiaría la misión de calcular el valor aproximado de los bienes nacionalizados. Sobre la base del informe de estos expertos los dos gobiernos interesados convendrían en la cuantía que había de pagarse como compensación a cada uno de los titulares de los bienes expropiados. Este sistema fue el que se siguió especialmente en las nacionalizaciones mexicanas.

b) *Las comisiones de reclamaciones y las cláusulas compromisorias*

41. En el pasado el medio más generalmente empleado para el arreglo de las controversias sobre derechos patrimoniales ha sido el de someterlas a la consideración de comisiones de reclamaciones integradas por representantes de los Estados partes y presididas por un tercero designado de común acuerdo por dichos representantes o por cualquier otro procedimiento. Pero a este respecto hay que hacer la salvedad de que el arreglo de esta clase de controversia no era el propósito exclusivo del establecimiento de esas comisiones mixtas, que generalmente se constituían para conocer de un conjunto de reclamaciones pecuniarias motivadas por actos u omisiones de muy diversa índole. Es más, en este sentido en ocasiones hasta se llegó a suscitar la cuestión de competencia respecto de las « reclamaciones contractuales » ante comisiones a las cuales se le había conferido para conocer de « todas las reclamaciones por pérdidas o daños ». Pero en general estas comisiones declaraban sin lugar la excepción de incompetencia y resolvían también esas reclamaciones [42]. Además de las comisiones de este tipo y tribunales de arbitraje que han conocido de reclamaciones sobre derechos patrimoniales, cabe también mencionar el antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional, a cuya decisión se han sometido algunas controversias sobre la materia y que tuvimos ocasión de examinar en nuestro anterior informe [43].

42. El arreglo entre los Estados interesados presenta desde una fecha reciente una modalidad que interesa especialmente a las controversias sobre derechos patrimoniales. Aludimos a las cláusulas compromisorias que figuran en algunos instrumentos de la posguerra, específicamente relativas a las controversias que surjan con motivo del ejercicio del derecho de expropiación. Un ejemplo típico de estas cláusulas lo hallamos en los convenios de cooperación económica que han concluido los Estados Unidos con varios países de acuerdo con la Ley de Cooperación Económica de 3 de abril de 1948. Dichos convenios contienen una disposición según la cual será sometida a arbitraje cualquier controversia que se refiera a la compensación que ha de recibir un nacional de los Estados Unidos por medidas gubernamentales que afecten sus derechos patrimoniales. Los

[41] Este tipo de convenio es el que firmaron los países escandinavos con Checoeslovaquia, Polonia y Hungría. Sobre éstos y los demás instrumentos que se mencionan a continuación véase Foighel, *Nationalization* (1957), págs. 88 y siguientes.

[42] Sobre este particular véase Feller, *The Mexican Claims Commissions*, 1923-1934 (1935), pág. 173.

[43] Para un bosquejo general sobre la organización y el funcionamiento de las comisiones de reclamaciones y otros organismos arbitrales, véase Hudson, *International Tribunals, Past and Future* (1944), capítulos II y VI.

llamados Convenios de Garantías que autoriza la *Mutual Security Act* de 1954, contienen cláusulas compromisorias similares [44]. Es innecesario destacar que dentro del sistema de arreglo arbitral previsto en estos instrumentos es el Estado de la nacionalidad y no el particular que resultase afectado por la medida, el que actuará como parte en la controversia.

40. El arreglo directo entre el Estado y el particular

43. A diferencia de los sistemas a que se ha hecho referencia en la sección anterior, en los que ahora vamos a exponer el arreglo de la controversia se procura directamente entre el Estado demandado y el particular extranjero perjudicado. A veces esto no ocurre sino en una última etapa de la reclamación, pero en otras desde el momento mismo en que surge la controversia. A esta diferencia obedecen los dos sistemas existentes: el de los tratados que capacitan a los particulares para que directamente entablen la reclamación, y el de las cláusulas compromisorias contenidas en contratos celebrados entre el Estado y el particular.

a) *Sistema de los tratados que capacitan a los particulares*

44. Este sistema ya nos es bastante familiar, por cuanto nos hemos referido a él en anteriores informes al examinar el *locus standi* ante jurisdicciones internacionales que han reconocido a los particulares muchos tratados [45]. Carecería de objeto, por lo tanto, volver de nuevo sobre estos antecedentes, sobre todo porque no siempre tienen que ver con el tipo de controversia que ahora nos interesa. Cabría recordar, sin embargo, los tribunales arbitrales que se crearon de conformidad con los Artículos 291 y 304 del Tratado de Versailles y, en particular, por la Convención germano-polaca de 15 de mayo de 1922, que conoció de muchas controversias sobre derechos adquiridos [46].

b) *Sistema de las cláusulas compromisorias en los contratos entre Estados y particulares*

45. Existe, por último, un sistema de arreglo conforme al cual el Estado (demandado) conviene directamente con el particular extranjero en la forma, el método o el procedimiento a que recurrirán para resolver, entre ambos, las controversias que surjan o hayan surgido entre ellos con motivo de la interpretación o aplicación de un contrato que hubiesen celebrado. De las dos hipótesis que indicamos la segunda es la más frecuente y cuyo estudio tiene mayor interés en la actualidad. Como ejemplo de la primera podemos citar el Convenio de Arbitraje celebrado entre el Gobierno de Arabia Saudita y la *Arabian American Oil Company* (Aramco), de 23 de febrero de 1955. El Tribunal Arbitral que creó dicho instrumento (Art. I) debía decidir, y así lo hizo en su sentencia del 23 de agosto de 1958, las cuestiones que respectivamente sometieron a su consideración las dos partes, relativas a los derechos y obligaciones de cada una de acuerdo con el llamado *Aramco Concession Agreement* [47].

46. Dentro de la segunda hipótesis el sistema presenta varias modalidades, incluso algunas que en cierto sentido carecen de interés desde el punto de vista del presente informe. Aludimos a aquellas cláusulas compromisorias que contemplan un arbitraje, o cualquier otro método o procedimiento de arreglo, puramente interno; es decir, que no elevan la controversia a un plano genuinamente internacional, porque en rigor no la sustraen de la jurisdicción del Estado. Un ejemplo de este tipo de cláusula es el que figuró en el contrato celebrado entre el Gobierno de Haití y un particular cubano (Vicente Domínguez), para el establecimiento de una fábrica de azúcar y la explotación de siembra de cañas, de 13 de diciembre de 1947 [48].

> « Toda diferencia entre las partes contratantes relativa a la ejecución del presente contrato será sometida al arbitraje, debiéndose designar un árbitro por el Estado y otro por el señor Vicente Domínguez. La decisión común de los dos árbitros será definitiva e inapelable; y las partes se comprometen a cumplir fielmente esta decisión y a actuar de conformidad a la misma. Si estos árbitros no pudiesen ponerse de acuerdo deberán escoger un tercer árbitro, el cual no será ni haitiano ni cubano, dentro del plazo de treinta dias a partir del momento en que no hayan podido llegar a un acuerdo sobre las cuestiones contravertidas. Si tampoco llegan a acuerdo sobre la elección del tercer árbitro, éste será designado por el Decano del Tribunal Civil de Port-au-Prince. La decisión de este tercer árbitro será definitiva. »

47. En algunos contratos este arbitraje interno aparece vinculado a la Cláusula Calvo en la forma que puede verse en esta disposición del contrato que motivó la *Reclamación Shufeldt* (Estados Unidos v. Guatemala, 1930) [49].

> « 17. También se conviene que, en el caso de que surja alguna cuestión originada de la falta de cumplimiento o mala interpretación de cualquiera de las cláusulas de este contrato, el asunto no será sometido en modo alguno a los tribunales de justicia ni el caso referido a los canales diplomáticos, sino que toda cuestión que surja será sometida a dos árbitros, designados por cada una de las partes y en el caso

---

[44] *Cf.* M. Domke, « American Protection Against Foreign Expropriation in the Light of the Suez Canal Crisis », *University of Pennsylvania Law Review* (1957), vol. 105, págs. 1036 y 1037. Para un estudio más detenido sobre el tema véase del mismo autor « The Settlement of International Investment Disputes », *The Journal of Business Law* (1957), vol. 12, págs. 262 y siguientes.

[45] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 56.V.3, Vol. II), documento A/CN.4/96, cap. V, secc. 18, pág. 194; y *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1958*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 58.V.1, Vol. II), documento A/CN.4/111, cap. VIII, pág. 67.

[46] *Cf.* Kaeckenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia* (1942), *passim.*

[47] *Cf. Arbitration between Saudi-Arabia and the Arabian-American Oil Company (ARAMCO), Ward* (s.l. ni f.), págs. i-iii.

[48] *Cf. Bulletin des lois et actes* (1947), pág. 78. Por vía de ilustración también puede hacerse referencia, entre otras, a la Concesión Telefónica otorgada por la Provincia de Mendoza (República Argentina), de 23 de diciembre de 1926, que contemplaba el arreglo mediante árbitros « amigables componedores » designados por las partes.

[49] *Cf. Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 49.V.1) pág. 1085. Disposiciones similares las hallamos en los contratos que motivaron los casos *Salvador Commercial Co.* y *Beales, Noble and Carrison*, citados por Eagleton, *The Responsability of States in International Law* (1928), pág. 168.

de desacuerdo entre los árbitros éstos designarán un tercer árbitro cuya acción o dictamen sobre la materia se considerará final o justa y sin apelación. »

48. Como puede advertirse, especialmente en los instrumentos que contienen la Cláusula Calvo, la intención del compromiso arbitral es, precisamente, mantener el arreglo de las controversias dentro de la jurisdicción interna, tanto en lo referente a la composición del organismo como al derecho aplicable.

49. De acuerdo con estos dos criterios, que son los que permiten determinar la verdadera naturaleza de estas cláusulas compromisorias, no es difícil advertir las diferencias fundamentales que separan las modalidades que acabamos de mencionar de las que sí tienden a llevar la controversia a un plano internacional. En algunos de los instrumentos a que ahora aludimos el criterio es el carácter del derecho aplicable. Según se recordará, en nuestro cuarto informe examinamos varios instrumentos que se regían por sistemas o principios jurídicos internacionales, algunos de los cuales, incluso, mencionaban los principios del derecho internacional como el derecho que se aplicaría para resolver las controversias que se suscitasen con motivo de su interpretación o aplicación. Estas disposiciones permitieron a los tribunales que eventualmente conocieron las controversias que se suscitaron, examinarlas y resolverlas con independencia del derecho del Estado contratante. Como en dicho informe expusimos detalladamente todos estos particulares, para no incurrir en repeticiones innecesarias omitimos la mención de los instrumentos y de las decisiones judiciales [50].

50. En cambio, en el criterio o aspecto en que debemos detenernos, porque apenas lo indicamos en aquella ocasión, es el relacionado con la estructura u organización del organismo previsto en la cláusula compromisoria. A ese objeto transcribiremos las disposiciones pertinentes de tres convenios relativamente recientes. Uno de ellos es el Convenio de Concesión entre el Gobierno de la República de Liberia y la *International African American Corporation*, de 9 de septiembre de 1953, complementado y enmendado por el Convenio de 31 de marzo de 1955, conforme al cual,

« 19. Cualquier controversia existente entre el Gobierno y la Corporación respecto a los términos y condiciones de este Convenio, será sometida a árbitro para su decisión. Cada parte designará un árbitro y éstos a su vez elegirán el tercero, quienes decidirán dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se hubiese sometido la controversia a su consideración. Si ellos no pudiesen convenir en la designación del tercer árbitro, lo designará el Presidente de la Cámara Internacional de Comercio. Todo arbitraje será final y obligatorio, entendiéndose que las partes renuncian a toda apelación. »

51. Los otros dos instrumentos establecen y regulan en forma mucho más elaborada el método y el procedimiento de arreglo.

52. Veamos primeramente, aunque sea de fecha anterior, el tercero de los instrumentos que estamos citando, las disposiciones pertinentes de una concesión otorgada a una compañía petrolera por el Gobierno del Reino Unido de Libia, de 19 de junio de 1955 [51]:

Arbitraje

1) Salvo que se decida otra cosa, todo litigio que surja entre las partes con motivo de la presente concesión o en relación con la misma se resolverá por arbitraje entre la Comisión, por una parte, y la Compañia, por otra, y en tal procedimiento se determinarán las medidas que hayan de tomar las partes, incluido el pago de una indemnización, en caso necesario, para compensar o remediar los daños causados por cualquier incumplimiento de la concesión.

2) El procedimiento de arbitraje quedará entablado cuando una de las partes reciba la correspondiente solicitud escrita comunicada por la otra. En el plazo de treinta días a contar de la iniciación del procedimiento, cada una de las partes nombrará un árbitro. Si éstos no pudieren resolver el litigio, las partes designarán a un tercer árbitro dentro del plazo de 60 días a contar de la iniciación del procedimiento. Si no lo hacen, una de las partes podrá dirigirse al Presidente o, si éste fuere nacional de Libia o del país en que la Compañía fue originalmente registrada, al Vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia, para que haga el nombramiento.

3) Si dentro de los 60 días siguientes a la iniciación del procedimiento una de las partes no hubiera nombrado su árbitro o no comunicase a la otra el nombramiento correspondiente, esta última podrá solicitar del Presidente o, si éste fuere nacional de Libia o del país en que la compañía fue originalmente registrada, del Vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia, que designe a un árbitro único para entender en el asunto y resolver el litigio.

4) El árbitro tercero, sea cual fuere el modo de nombramiento, o el árbitro único no podrá ser nacional de Libia ni del país en que la compañía fue registrada originalmente; tampoco podrá estar, o haber estado al servicio de una cualquiera de las partes en esta concesión o del Gobierno del país antes mencionado.

5) Si la Corte Internacional de Justicia fuere sustituída por un nuevo tribunal internacional o si las atribuciones esenciales de aquélla quedaren transferidas a dicho tribunal, las funciones conferidas al Presidente o al Vicepresidente (según el caso) de la Corte Internacional de Justicia en virtud de la presente concesión, serán ejercidas por el Presidente o el Vicepresidente (según el caso) del nuevo tribunal internacional sin que haya de intervenir nuevo acuerdo entre las partes.

6) El modo de arbitraje será determinado por el tercer árbitro o el árbitro único, quienes se regirán generalmente por las oportunas normas estipuladas en los artículos 32 a 69 inclusive del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de 6 de mayo de 1946. De igual modo, el tercer árbitro o el árbitro único determinará el lugar y la fecha del arbitraje.

7) La aplicación y la interpretación de la presente concesión se regirán por las leyes de Libia y los principios y normas del derecho internacional aplicables al caso, y el tercer árbitro o el árbitro único fundarán su sentencia en dichas leyes, principios y normas.

8) La sentencia arbitral será inapelable y las partes en la presente concesión habrán de acatarla puntualmente.

9) Las costas del arbitraje correrán a cargo de las partes, en la forma y proporción que se estipule en la sentencia.

Adviértese, en primer término que la cláusula contempla en su párrafo 1), en forma bastante detallada, las cuestiones respecto de las cuales una de las partes puede promover el arreglo arbitral. Se destacan, asimismo, las disposiciones relativas a la constitución del tribunal arbitral, que aseguran, no solamente la decisión del *umpire* por una autoridad ajena e independiente de las partes, sino también que la persona que dicha autoridad designe pueda actuar como árbitro único y resolver la controversia en caso de que alguna de las partes no

[50] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1959*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 59.V.1, Vol. II, documento A/CN.4/119, cap. III, parte II, secc. 25.

[51] *Cf.* Cláusula 28, *The Official Gazette of the United Kingdom of Libya*, de 19 de junio de 1955, págs. 72-73. La Concesión otorgada a la *Gulf Oil Co.*, de 8 de abril de 1957, contiene una cláusula (Clause 28) del mismo tenor.

haya designado el suyo. Finalmente la cláusula incluye, como derecho aplicable, « los principios y normas del derecho internacional que fueren aplicables ».

53. El tercero y último instrumento a que nos vamos a referir es el *Iran Consortium Agreement*, de 19 y 20 de septiembre de 1954, concluido entre el Gobierno del Irán, una compañia constituída de acuerdo con las leyes de este país y varias compañías extranjeras de distintas nacionalidades. A fin de que pueda verse el grado de desarrollo que ha alcanzado el sistema de las cláusulas compromisorias en los instrumentos entre Estados y particulares extranjeros, transcribimos a continuación la mayor parte de las disposiciones del referido Convenio [52]:

Art. 42. A. Si a juicio de una de las partes en este Convenio cualquiera de las demás dejare de cumplir una de las obligaciones enumeradas a continuación, la primera comunicará por escrito a la otra parte los extremos a cuyo respecto parezca manifestarse dicho incumplimiento y le encarecerá que subsane la falta. Si la controversia no se resolviere por un acuerdo dentro de los treinta días siguientes a la recepción de dicha comunicación o en el plazo más largo que de común acuerdo hubieren fijado las partes, la reclamación podrá remitirse a una comisión de conciliación en virtud del artículo 43 del presente Convenio. Cualquiera reclamación que una de las partes no deseare remitir a una comisión de conciliación o que no pudiere resolverse por decisión obligatoria de una comisión de conciliación podrá entonces someterse a arbitraje por la parte demandante en virtud de los artículos 31 ó 44 del presente Convenio, según proceda.

B. A los efectos de este artículo y de los artículos 43 y 44, una compañía comercial estará representada por el miembro del Consorcio que la haya designado.

Art. 43. Las partes en cualquiera reclamación hecha en virtud del artículo 42 del presente Convenio podrán convenir en que el asunto sea remitido a una comisión de conciliación mixta integrada por cuatro miembros, dos nombrados por cada una de las partes, que se encargará de hallar una solución amistosa del litigio. Oídos los representantes de cada una de las partes, la comisión de conciliación dictará su decisión dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se le remitió la reclamación. La decisión, para ser obligatoria, habrá de ser unánime.

Art. 44. A. 1) Con excepción de lo estipulado en el artículo 31 del presente Convenio, el arbitraje entablado en conformidad con lo dispuesto en este artículo constituirá el único recurso para resolver cualquier litigio que entre las partes en este Convenio surja con motivo de la ejecución o la interpretación del mismo, la determinación de los derechos y obligaciones de las partes o la aplicación de este artículo, y que no pueda resolverse en virtud del artículo 42 ni fallarse con arreglo al artículo 43.

2) El procedimiento de arbitraje quedará entablado por comunicación escrita del demandante al demandado.

B. 1) Si el litigio se refiere a cuestiones técnicas o de contabilidad, las partes podrán decidir de común acuerdo remitirlo a un experto o a un grupo de tres expertos, dos de los cuales serán nombrados por las partes (uno por cada parte) y el tercero designado de común acuerdo. Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el nombramiento del experto único o del tercer experto, cada una de ellas podrá pedir al Director de...

...

C. 1) Si las partes no aceptaren remitir un litigio a uno o varios expertos en conformidad con la sección B del presente artículo o si, después de acceder a tal procedimiento, no hicieren los correspondientes nombramientos o no se tomare una decisión en el plazo fijado para ese fin, o si en las circunstancias enunciadas en el párrafo 4) de la sección B de este artículo, una de las partes tratare de obtener aclaración de un problema jurídico, cada una de ellas nombrará un árbitro y éstos, antes de proceder al arbitraje, designarán un tercer árbitro que será el presidente de la Junta de Arbitraje. Si en el plazo de cuatro meses a contar de la iniciación del procedimiento los dos árbitros no llegaren a ponerse de acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro, este último será designado, a petición de una de las partes y salvo que éstas decidan otra cosa, por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

2) Si una de las partes no designare a su árbitro o no comunicare a la otra el correspondiente nombramiento dentro de los dos meses siguientes a la iniciación del procedimiento, la otra parte podrá dirigirse al Presidente de la Corte Internacional de Justicia para que designe un árbitro único.

3) Si el Presidente de la Corte Internacional de Justicia fuere nacional del Irán o de cualquiera de los países en que estuvieren registradas las otras partes en el presente Convenio, no podrá proceder a los nombramientos mencionados en los párrafos 1) y 2) de esta sección. Si por ésta o cualquier otra razón el nombramiento de un árbitro único o de un tercer árbitro no se hiciere en conformidad con los párrafos 1) y 2) de esta sección, dicho nombramiento se hará, a petición de una de las partes y salvo que éstas decidan otra cosa por escrito, por el Vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia (siempre que no sea nacional del Irán o de uno de los países en que estén registradas las demás partes en el presente Convenio) o, a falta de este último, por el Presidente del Tribunal Federal de Suiza o, a falta de éste, por el Presidente o del Magistrado equivalente de la instancia superior de uno de los países siguientes, en el orden en que se enumeran : Dinamarca, Suecia, Brasil.

4) El nombramiento de un tercer árbitro o de un árbitro único en conformidad con los párrafos 1), 2) ó 3) de esta sección quedará enteramente a discreción de la persona autorizada para hacerlo y ninguna de las partes podrá impugnar el ejercicio de tales poderes discrecionales. La persona designada no deberá estar estrechamente vinculada con el Irán, los países en que las demás partes en este Convenio estén registradas, cualquier miembro del *British Commonwealth of Nations* o un Protectorado, Colonia o país administrado u ocupado por una de las naciones antes mencionadas, ni tampoco ser nacional o funcionario público de cualquiera de dichos países.

5) Si el arbitraje se remitiere a una Junta de Arbitraje, la sentencia podrá dictarse por mayoría. Las partes deberán acatar de buena fe la sentencia dictada por un árbitro único o una Junta de Arbitraje.

D. El lugar y procedimiento de arbitraje serán fijados por las partes. Si éstas no se pusieren de acuerdo, el lugar y procedimiento serán determinados por los expertos, por el tercer experto, el árbitro tercero o el árbitro único (según proceda).

E. Las partes otorgarán al experto, al grupo de expertos, a la Junta de Arbitraje o al árbitro único todas las facilidades (incluso el permiso de visitar la zona de que se trate) que les permitan obtener los datos necesarios para la solución del litigio. La ausencia o la rebeldía de una de las partes en el arbitraje no podrá impedir ni entorpecer el proceso en cualquiera de sus fases.

F. No será necesario suspender las operaciones o actividades que hayan dado lugar al arbitraje en espera de que se dicte la sentencia o decisión. Si la decisión o sentencia considerase justificada la reclamación, podrá determinarse en aquélla la indemnización que convenga asignar al demandante.

G. Las costas del arbitraje se repartirán a discreción del experto, del grupo de expertos, de la Junta de Arbitraje o del árbitro único, (según proceda).

H. Si por cualquier motivo un experto, un miembro de la Junta de Arbitraje o el árbitro único, después de aceptar las funciones que se le hubieren asignado, no pudiere o no quisiere entablar o concluir las gestiones encaminadas a la solución del litigio, y salvo que las partes hubieren acordado otra cosa, una de ellas podrá pedir al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que decida si el nombramiento original debe darse por terminado. Si la decisión fuere afirmativa, el Presidente invitará a la persona o a las personas que procedieron al nombramiento original a designar a un suplente en el plazo que les fije, y si en el plazo fijado no se designare a ningún suplente, o si el nombramiento original hubiere sido efectuado por el propio Presidente, éste designará en persona a un suplente.

[52] El texto completo del Convenio figura en J. C. Hurewitz, *Diplomacy in the Near and Middle East, a Documentary Record*, Vol. II, 1914-1956 (1956), págs. 348 y siguientes.

Si el Presidente de la Corte Internacional de Justicia fuere nacional del Irán o de cualquiera de los países en que estuvieren registradas las demás partes en el presente Convenio o si por ésta o cualquier otra razón dejare de desempeñar las funciones enunciadas en este párrafo, dichas funciones se delegarán en una de las demás personas mencionadas en el párrafo 3) de la sección C de este artículo, en el orden en que se enumeran.

I. Si la Corte Internacional de Justicia fuere sustituída por un nuevo tribunal internacional de índole y competencia análogas o si las atribuciones esenciales de aquélla fueren conferidas o transferidas a dicho tribunal, las funciones atribuídas en virtud de este artículo al Presidente de la Corte Internacional de Justicia serán ejercidas por el Presidente del nuevo tribunal internacional, sin que haya de intervenir nuevo acuerdo entre las partes.

J. Siempre que sea conveniente, las decisiones y sentencias mencionadas en este Convenio deberán fijar un plazo de ejecución.

K. Dentro de los quince días siguientes a la fecha de comunicación de la decisión o sentencia a las partes, éstas podrán pedir una interpretación de la misma al experto, al grupo de expertos, la Junta de Arbitraje o al árbitro único (según proceda) que hubieren fallado el litigio. Dicha solicitud no afectará la validez de la decisión o sentencia. Tal interpretación deberá extenderse dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere solicitado y la ejecución de la decisión o sentencia quedará suspendida hasta que se dé la interpretación o expire dicho plazo de un mes.

Art. 45. A. Si en la decisión o sentencia definitiva dictada en virtud del artículo 44 del presente Convenio no se prescribiese a una de las partes otra orden que la de pagar una suma determinada al Gobierno del Iran o al NIOC y si dicha suma no fuere entregada dentro del plazo previsto en la decisión o sentencia o, si en la misma no se fijare ningún plazo, el Gobierno del Irán estará autorizado para prohibir, en el término de tres meses a contar con la fecha de la sentencia, todas las exportaciones de petróleo bruto y de productos derivados del petróleo efectuadas por dicha parte, hasta que ésta pague la suma estipulada.

B. Si la parte que hubiera de ejecutar una sentencia definitiva dictada en conformidad con el artículo 44 del presente Convenio dejase de cumplir dicha sentencia dentro del plazo fijado para la ejecución o si en la sentencia no se hubiere prescrito ningún plazo, la parte a favor de la cual se dictara la sentencia podrá solicitar, dentro de los seis meses siguientes a la comunicación de la sentencia a las partes, la rescisión del presente Convenio por decisión de una Junta de Arbitraje o de un árbitro único, dictada en conformidad con la sección C de este artículo. Tal decisión no prejuzgará de los derechos y obligaciones que se hubieran acumulado o que siguiesen acumulándose en virtud de la aplicación de este Convenio antes de la terminación del mismo, con inclusión de los demás derechos, sumas o indemnizaciones que pudiera haber fijado la Junta de Arbitraje o el árbitro único.

C. La facultad de tomar la decisión prevista en la sección B del presente artículo sólo podrá ejercerse con sujeción a las condiciones siguientes, a saber :

1) Sólo podrá tomar la decisión la Junta de Arbitraje o el árbitro único que hubiesen dictado la sentencia definitiva de que se trate;

2) Si por algún motivo la Junta de Arbitraje o el árbitro único que hubieran dictado tal sentencia no quisieran o no pudiesen tomar las correspondientes medidas, el problema de la terminación por incumplimento de una sentencia se someterá a arbitraje en conformidad con el artículo 44 del presente Convenio, en la forma prevista para la solución de los litigios;

3) No se tomará ninguna decisión para denunciar el presente Convenio a menos que la Junta de Arbitraje o el árbitro único hubieran fijado previamente un nuevo plazo (no inferior a 90 días) para acatar la sentencia y, expirado dicho plazo, hubiesen comprobado que la sentencia no había sido acatada.

Art. 46. En vista de la diversidad de las nacionalidades de las partes en el presente Convenio, éste se regirá, interpretará y aplicará en conformidad con los principios jurídicos comunes al Irán y a las diversas naciones en que están registradas las demás partes en este Convenio y, a falta de tales principios comunes, en conformidad con los principios jurídicos generalmente reconocidos por las naciones civilizadas, incluso aquellos que puedan haber aplicado los tribunales internacionales.

Las disposiciones que anteceden son los suficientemente explícitas para que no nos detengamos en su comentario, que substancialmente sería el mismo que hemos hecho a la cláusula compromisoria transcrita en el párrafo anterior. Lo que sí debemos agregar es que, en su conjunto, representan un sistema de arreglo directo entre el Estado y los particulares contratantes que contiene los elementos esenciales de un arreglo « internacional » de controversias.

c) *Propuestas relativas a estos sistemas de arreglo directo*

54. Aparte de estas manifestaciones prácticas de los dos sistemas de arreglo directo entre el Estado y el particular extranjero, interesa mencionar algunas de las muchas propuestas que desde la época en que se creó el Tribunal Permanente de Justicia Internacional se han venido formulando con miras a desarrollar ambos sistemas, especialmente el primero, pero siempre respecto de las controversias que versan sobre derechos patrimoniales. En el período inmediato a la terminación de la primera guerra cabe recordar la que formuló de Lapradelle en el Comité Consultivo que redactó el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1920), según la cual los individuos tendrían acceso al Tribunal cuando se tratase, entre otras, de controversias originadas en « relaciones económicas » entre ellos y un Estado, salvo que la controversia tuviese un carácter político. Poco años después Andre-Prudhomme propuso la creación de un Tribunal internacional que conocería de apelaciones de tribunales nacionales, en controversias que surgiesen de « contratos » entre Estados y particulares. Todas las demás propuestas correspondientes a este período, a algunas de las cuales nos hemos referido en anteriores informes, contemplan el arreglo directo entre Estados e individuos extranjeros, pero no exclusivamente respecto a las controversias sobre derechos patrimoniales [53].

55. Dentro del mismo período se destaca el proyecto de cláusula compromisoria que elaboró el Comité de la Sociedad de las Naciones para el Estudio de los Contratos de Empréstitos Internacionales. Conforme al mandato que recibió, el Comité debía, entre otras cosas, « preparar cláusulas típicas *casu quo* para un sistema de arbitraje que, si las partes interesadas lo deseaban, pudieran insertarse en estos contratos ». En su informe el Comité presentó el siguiente texto con el carácter de una cláusula modelo, que las partes podrían modificar conforme a sus necesidades [54] :

3) *Proyecto de cláusula compromisoria*

89. *a*) Todo litigio referente a los derechos y obligaciones derivados del empréstito se someterá a un tribunal de arbitraje constituido con arreglo a las normas enunciadas a continuación, tribunal cuya decisión será definitiva y obligatoria;

[53] Para una relación sumaria de estas propuestas véase L. Sohn, Proposals for the Establishment of a System of International Tribunals, en *International Trade Arbitration* (Folleto s.l.), págs 5 y siguientes.

[54] *Cf. Rapport du Comité pour l'étude des contrats d'emprunts internationaux*, Société des Nations, Doc. C.145. M.93.1939, págs. 27 y 28.

b) Podrán recurrir al tribunal las partes designadas a continuación : el gobierno del país deudor; el tenedor o los tenedores de títulos cuyo valor nominal ascienda por lo menos al 10 % de la cuantía nominal en circulación; todo representante oficial de los tenedores; toda autoridad oficialmente reconocida y encargada de la protección de los tenedores; el agente de fiscalización;

c) A falta de acuerdo entre las partes para someter una diferencia al tribunal, cada una de ellas podrá recurrir directamente a él por solicitud unilateral; el tribunal podrá fallar, incluso en rebeldía, la diferencia que se le hubiere sometido;

d) El tribunal fallará todas las cuestiones referentes a su propia competencia;

e) El tribunal estará integrado por tres personas elegidas a petición de una o varias de las partes indicadas anteriormente, por el Presidente del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, entre los nueve nombres de una lista preparada por la Corte;

Las personas incluídas en dicha lista permanecerán en funciones durante cinco años y serán reelegibles;

f) La Corte fijará la remuneración para cada día de sesión de las personas que hubiera designado y dictará normas para el pago de dicha remuneración. Esta correrá a cargo del deudor. No obstante, en caso de juicio temerario el tribunal estará facultado para disponer que la totalidad o parte de la remuneración correrá a cargo de los demandantes;

g) El tribunal fijará el lugar en que haya de celebrar sus sesiones en cada caso;

h) El tribunal determinará su procedimiento teniendo en cuenta los acuerdos que hayan intervenido al respecto entre las partes; de igual modo, reglamentará el derecho de intervención.

90. Al proponer el nombramiento de los árbitros por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, el Comité abriga la esperanza de que esta última, al elegir los miembros de los tribunales para los diversos empréstitos, recurrirá en lo posible a las mismas personas, con lo que se facilitará el establecimiento de una jurisprudencia uniforme.

91. Todos los miembros del Comité conciden en que el tribunal de arbitraje deberá juzgar los litigios desde un punto de vista exclusivamente jurídico y, por consiguiente, limitarse a definir los derechos y obligaciones que existan entre las partes. Es necesario insistir en este extremo porque a veces la misión de los tribunales de arbitraje no solamente ha consistido en declarar el derecho, sino en preparar arreglos que, de hecho, constituyen modificaciones del contrato. En este sentido, el arbitraje puede convertirse en una negociación con los auspicios de un tercero para llegar a una transacción aceptable por una y otra parte. A juicio del Comité, es preciso distinguir claramente entre esas dos funciones : por una parte, el fallo, es decir la comprobación o determinación de los derechos y obligaciones de las partes y, por otra, la modificación de un contrato ya sea mediante negociación, ya sea mediante decisión de un tercero. La misión del tribunal en el proyecto de cláusula arbitral propuesto anteriormente se limita claramente a la primera de esas funciones, la del juez.

La cláusula contempla, evidentemente, el establecimiento de una jurisdicción arbitral genuinamente internacional, no sólo por la composición del tribunal sino también por el carácter definitivo y obligatorio que se atribuye a sus decisiones. Por lo demás, presenta ciertas peculiaridades, como lo relacionado con la condición de las partes, que obedecen a la naturaleza altamente especializada del tipo de controversia a que se contrae la cláusula.

56. Las restantes propuestas a que vamos a referirnos no contemplan la inserción de estas cláusulas en los contratos entre Estados y particulares, sino la creación, por los Estados, de un mecanismo arbitral capaz de resolver esta clase de controversias. Es el sistema previsto en el « proyecto de código internacional para el tratamiento razonable de las inversiones extranjeras », que aprobó la Cámara Internacional de Comercio en su Congreso de Quebec (1949). En dicho proyecto se prevé el establecimiento de una « Corte Internacional de Arbitraje » (Arts. 13 y 14), al cual tendrían acceso los representantes de los tenedores de bonos de un empréstito internacional si los tribunales nacionales se abstuviesen de actuar dentro de un plazo razonable o en el caso de un tratamiento injusto que escape a su jurisdicción (Art. 10). El proyecto no contiene, sin embargo, disposición alguna sobre la constitución y el funcionamiento del tribunal arbitral [55].

57. La idea de crear una « corte internacional de arbitraje » aparece mucho más elaborada en la respuesta que presentó la Rama Americana de la *International Law Association* a la reunión de Nueva York (septiembre, 1958). Dicha Corte, a la cual tendrían el mismo acceso que los Estados los titulares de derechos contractuales o de otros derechos patrimoniales, sería competente para resolver las controversias entre Estados y extranjeros y se constituiría en la forma en que se constituye el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya. Se inspiraría en los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y proporcionaría las ventajas del arbitraje a muchos inversionistas extranjeros cuyos intereses no son de índole contractual o cuyos contratos no contienen una cláusula arbitral especial [56].

58. La misma idea, substancialmente, ha sido recogido en el proyecto de Convención sobre Inversiones Extranjeras, elaborado por un grupo de abogados internacionalistas alemanes, holandeses e ingleses, y que el Gobierno de la República Federal de Alemania presentó a un Comité de la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE). El Artículo VII prevé el establecimiento de un « Tribunal Arbitral » competente para conocer de cualquiera controversia que surja entre los Estados partes con motivo de la interpretación o aplicación de la Convención, y asimismo autoriza a los nacionales de una de las Partes que haya sido perjudicado por medidas que supongan infracciones de la Convención para que entable la reclamación contra la Parte responsable, siempre que ésta haya declarado que acepta la jurisdicción del Tribunal respecto de estas reclamaciones. Un anexo a la Convención contiene las disposiciones con arreglo a las cuales se organizará el Tribunal y el procedimiento que se habrá de seguir [57].

59. El establecimiento de un tribunal arbitral para el arreglo de controversias sobre derechos patrimoniales figura de nuevo en un proyecto de convención preparado por la Comisión sobre un Código Mundial de Inversiones del Parliamentary Group for World Government. Conforme a este proyecto también tendrían acceso los individuos y las compañías, por estimarse que únicamente cuando se trata de grandes empresas se puede obtener de los Estados de su nacionalidad que ejerzan la protección diplomática. Los miembros del tribunal

---

[55] *Cf.* Chambre de commerce internationale, Brochure 129 (París, agosto de 1949), págs. 16 y 17.

[56] *Proceedings and Committee Reports of the American Branch of the International Law Association*, 1957-1958, pág. 74.

[57] Como se indica en el Comentario que aparece en el folleto (publicado en abril de 1959, pero sin referencia) la estructura del Tribunal no difiere en lo substancial de la del Tribunal Arbitral previsto en las Regulaciones de Préstamos 3 y 4 del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

podrían ser designados por la Corte International de Justicia [58].

60. Cabe mencionar, por último, el proyecto de recomendación presentado a la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa por su Comité Económico, relativo a la adopción de un Estatuto sobre Inversiones. Aunque no se presentó ninguna propuesta sobre la organización y el procedimiento de un tribunal, se declara que el arbitraje obligatorio parece ser la mejor solución en lo referente a la « cooperacion económica entre los países europeos y africanos ». Y se agrega que el recurso al arbitraje para el arreglo de las controversias debe permitirse tanto a los Estados como a sus nacionales [59].

41. Algunas observaciones sobre estos sistemas de arreglo

61. Cuando se analizan los distintos sistemas para el arreglo de las controversias sobre derechos patrimoniales, tal vez no proceda plantearse la cuestión de saber cuál de ellos es el más apropiado. En realidad, aunque se trata de controversias que tienen un denominador común en cuanto a la materia sobre la que versan, todas no presentan las mismas características ni tampoco se presentan en las mismas circunstancias. Ambos factores, en cada caso concreto, tendrán que ser tenidos en cuenta para apreciar las ventajas, o en su caso los inconvenientes, de seguir uno u otro sistema. Esta observación no se opone, sin embargo, a que admitamos, en principio, la conveniencia de que se siga el sistema de arreglo directo entre el Estado demandado y el particular extranjero. Si en nuestro tercer informe pudimos señalar las ventajas de este sistema para todas las controversias que se suscitasen con motivo de daños causados a la persona o bienes de los extranjeros, existen razones en particular para estimar dicho sistema como el más apropiado para resolver las controversias sobre derechos patrimoniales. En nuestro último informe, al delimitar el alcance de la protección internacional a los derechos adquiridos, vimos que dicha protección es « relativa » cuando se la compara con la que disfrutan los demás derechos del extranjero (A/CN.4/119, cap. I, secc. 4). El traer a colación esta observación únicamente responde al propósito de destacar el hecho de que, en materia de derechos patrimoniales, las razones que justifican el ejercicio de la protección diplomática se reduce a un mínimo; sin mencionar la hipótesis en que estos derechos se hayan adquirido al amparo de un contrato o concesión y que en éste figure una Cláusula Calvo.

62. Cuando se da esa hipótesis, según hemos indicado oportunamente, se trataría de un derecho y de una obligación del particular extranjero de continuar por la vía internacional una reclamación que se inició y agotó por la vía interna. Siendo una misma y única reclamación, si las consecuencias del acto y omisión no trascienden los daños particulares sufridos por el extranjero, ¿qué razones o títulos pudiera alegar realmente el Estado de la nacionalidad para oponerse que sea el propio particular el que ejerza este derecho? No debe olvidarse que toda la doctrina de la protección diplomática descansaba en la premisa de que, en el plano internacional, los individuos no podían ejercer acción alguna y que, una vez agotada la vía interna, quedaban totalmente desamparados frente a una denegación de justicia del Estado contra el cual reclamaban una reparación. En tales circunstancias la protección del Estado de la nacionalidad era, buena o mala, la única solución posible. Pero en la actualidad, incluso tras haber accedido voluntariamente los propios Estados a que sean sus nacionales los que reclamen directamente ante la jurisdicción internacional, ¿qué inconveniente se puede invocar para no permitir que, sobre materias y objetos del interés exclusivo de esos nacionales, éstos convengan con el Estado demandado en someter a un organismo internacional el arreglo de la contreversia? (Véase A/CN. 4/111, cap. VII, secc. 9).

63. Al abogarse por el establecimiento de un « tribunal internacional de arbitraje », al cual tendrían acceso los particulares, se ha planteado a veces la cuestión relativa al agotamiento de los recursos internos. Así, por ejemplo, en el informe de la Rama Americana de la *International Law Association* a que se hizo referencia anteriormente, se sugiere la « modernización » del principio, en el sentido de que en situaciones tales como la de una mala administración de justicia o, si ese no fuere el caso, por leyes o decretos que modifican el derecho interno, que impiden actuar a los tribunales, el particular extranjero deseará ejercitar la opción, que a ese efecto se le reconocería, de recurrir al tribunal internacional como *forum* de primera instancia. De este modo, se agrega, al particular se le exigiría o bien agotar los recursos internos o bien los del tribunal internacional, para que la intervención diplomática del Estado de la nacionalidad fuese admisible [60].

64. La cuestión relativa al agotamiento de los recursos internos, en efecto, puede replantearse con motivo del establecimiento de un tribunal de la naturaleza indicada, pero no precisamente en esos términos. El principio tiene una función muy definida y precisa en relación con el ejercicio de la protección diplomática, que no tiene por qué ser alterada cuando se trata de reclamaciones internacionales donde sólo son partes el Estado demandado y el particular extranjero. Ahora bien, cuando el problema no se suscita con motivo del ejercicio de la protección diplomática, sino del ejercicio de un derecho que se ha reconocido a un particular a entablar la reclamación ante un tribunal internacional, entonces la situación es diferente, o puede ser diferente si con arreglo al instrumento que ha creado ese tribunal se autoriza al particular a ejercer esa acción procesal sin agotar los recursos internos. En este sentido la situación sería la misma que en los contratos o concesiones en que el Estado y el particular extranjero estipulan el recurso a un arbitraje internacional para resolver las controversias que surjan entre ellos con motivo de la interpretación o la aplicación del instrumento. Por ejemplo, conforme a cualquiera de los instrumentos cuyas disposiciones transcribimos en la subsección *b*) o de las propuestas a que se hace referencia en la subsección *c*), el recurso a la jurisdicción internacional que en ellos se contempla no está subordinado al requisito del agotamiento de los recursos internos, aunque en ellos se guarde silencio

[58] *Cf.* Parliamentary Group for World Government, 590715.196, julio de 1959.

[59] *Cf.* Council of Europe, Consultative Assembly, 8th September 1959, Doc. 1027, pág. 19.

[60] *Loc. cit.*, pág. 75. Véase también K. S. Carlston, « Concession Agreements and Nationalization », *American Journal of International Law* (1958), vol. 52, pág. 275.

sobre el particular. Cuando tratamos en otra oportunidad de la hipótesis en que los Estados estipulan la omisión de los recursos internos, observamos que, dada la naturaleza de este requisito, las excepciones a su aplicación no podían presumirse (véase tercer informe, A/CN.4/111, párrafo 24). Sin embargo en la hipótesis que ahora contemplamos no se introduciría una excepción si se estima que en los referidos instrumentos existe, por parte del Estado que contrata con el extranjero, una renuncia tácita al derecho a exigir el agotamiento de los recursos internos. Es más, si el propósito esencial de la cláusula compromisoria de esos instrumentos radia, precisamente, en facultar a las partes para que puedan promover la reclamación ante la jurisdicción internacional cuando surja la controversia, ¿que sentido tendría exigir el recurso a la jurisdicción interna? Y, en rigor, no es también el propósito esencial de dichos instrumentos sustraer las controversias sobre su interpretación y aplicación a esa jurisdicción local?

65. En otro orden de ideas, que en cierto sentido se relaciona con lo anterior, estas cláusulas compromisorias contienen a su vez una renuncia implícita del derecho del particular a solicitar la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Pero este aspecto de la cuestión ya lo hemos tratado con anterioridad y no es necesario insistir de nuevo en él (véase tercer informe, A/CN.4/111, cap. VII, secc. 10).

B. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

I. Como se origina la responsabilidad internacional

66. La violación o inobservancia de una norma de derecho internacional es el primero de los elementos constitutivos de la institución de la responsabilidad. Este hecho puede radicar tanto en un « acto » como en una « omisión », según la forma de conducta prevista por la norma en cuestión. Ahora bien, en relación con este requisito se plantean dos problemas. Uno consiste en saber si el acto u omisión comporta el incumplimiento de una « obligación » internacional, perfectamente definida y precisa, o si basta que haya hadido un « abuso de derecho ». El segundo problema consiste en saber si la existencia de la responsabilidad depende de una actitud determinanada de la voluntad (culpa o dolo), o si basta la ocurrencia de un hecho objetivamente contrario al derecho internacional. Veamos primeramente el primero de estos problemas, esto es, cómo se origina la responsabilidad internacional.

1. La concepción dominante: la responsabilidad se origina del incumplimiento de una « obligación » internacional

67. Conforme a la concepción dominante, que hemos expuesto en nuestros anteriores informes y recogido en el artículo 1 del anteproyecto que oportunamente presentamos a la Comisión (Véase A/CN.4/111, apéndice) la responsabilidad es la consecuencia del incumplimiento de una « obligación » internacional. Al entrecomillar el vocable queremos destacar el verdadero significado o alcance que a ese efecto se le atribuye, tanto en la práctica como por los publicistas: esto es, el de obligaciones internacionales, sea cual fuere la fuente de que emanen, que tienen un contenido perfectamente definido y preciso. Esto no quiere decir, naturalmente, que las obligaciones a las que se ha reconocido este carácter en rigor siempre lo tengan, pero este es otro aspecto de la cuestión sobre el cual volveremos más adelante.

68. La concepción a que hacemos referencia se refleja reiteradamente en los proyectos de codificación y en la jurisprudencia internacional. En su proyecto de 1927 el Instituto de Derecho Internacional expresa que « El Estado es responsable de los daños que cause a los extranjeros por toda acción u omisión contraria a sus *obligaciones* internacionales... » [61]. Los textos adoptados en primera lectura por la Comisión III de la Conferencia de La Haya (1930), arrancan de la misma concepción. En uno de ellos se dice, incluso, que « la responsabilidad internacional del Estado supone el deber de reparar el daño causado *en la medida* en que resulta del incumplimiento de su obligación internacional » [62]. En la jurisprudencia internacional hallamos innumerables declaraciones expresas en el mismo sentido. En la de las comisiones de reclamaciones podemos citar, por vía de ilustración, la que aparece en la decisión del caso *Dickson Car Wheel Co.* (1931): « De acuerdo con el derecho internacional, aparte de cualquiera convención, para que el Estado incurra en responsabilidad es necesario que pueda imputársele un acto internacionalmente ilegal; esto es, que exista la violación de un deber impuesto por una norma jurídica internacional. » [63] En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional y de la Corte actual ya vimos, al examinar en otra ocasión la naturaleza jurídica de la responsabilidad internacional, que el « deber de reparar » se originaba de la « violación de un compromiso » del Estado, es decir, de una obligación internacional [64]. Aun cuando, según se verá más adelante, esta concepción estricta — o al menos aparentemente estricta — de la responsabilidad, no ha impedido que otras más flexibles también hayan sido aceptadas por la jurisprudencia internacional, es innegable que en ella dicha concepción aparece como su nota característica. Y lo mismo ocurre en la doctrina científica, donde generalmente se subordina la existencia de la responsabilidad al incumplimiento de una obligación internacional [65].

69. Ahora bien, no siempre que concurren los demás requisitos o elementos constitutivos de la responsabilidad internacional puede imputarse al Estado el incumplimiento de una « obligación » perfectamente definida y precisa. En tal hipótesis, esto es, cuando se ha causado un daño como consecuencia de un acto u omisión injus-

[61] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 56.V.3, Vol. II), documento A/CN.4/96, apéndice 8, artículo 1, pág. 224.

[62] *Ibid.*, Apéndice 3, Artículo 3, pág. 221. Véase también las Bases de Discusión N.os 2, 7, 12, 13, 16 y 5, *ibid.*, Apéndice 2, pág. 219.

[63] *Cf.* General Claims Commission (U. S. A. - Mexico), *Opinion of Commissions* (1931), pág. 187.

[64] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 56.V.3, Vol. II), documento A/CN.4/96, cap. III, secc. 6. Esta concepción está tan arraigada en la jurisprudencia de la Corte de La Haya que ha permitido decir que en ella el « acto ilegal internacional » y el « incumplimiento de obligaciones internacionales » son expresiones sinónimas. *Cf.* Schwarzenberger, *International Law*, Vol. I (3.ª ed. 1957), pág. 571.

[65] Véase Bustamante, *Derecho Internacional Público* (1936), vol. III, págs. 474 y 481, y los autores citados por él.

tificado del Estado, en puridad jurídica y ante todo, ¿habría lugar a responsabilidad si no puede imputarse la violación o inobservancia de una norma de derecho internacional que establezca una prohibición lo suficientemente explícita e inequívoca respecto de dicho acto u omisión? En la teoría y en la práctica del derecho internacional esta hipótesis todavía puede darse con bastante frecuencia, debido a las lagunas e imprecisiones de que aún adolece su sistema normativo, incluso en el campo del derecho convencional o escrito. El propio derecho interno, a pesar de su infinitamente superior desarrollo normativo, tampoco ha logrado superar del todo estas lagunas e imprecisiones. Para atender a las diversas situaciones que se presentan como consecuencia de ambas se recurre, especialmente en el segundo de estos ordenamientos jurídicos, a los principios generales de derecho, a la analogía, a la interpretación de la norma aplicable, a la equidad, etc. Pero en materia de responsabilidad, en la cual lo que primordialmente importa es determinar si el acto u omisión que ha causado el daño es o no contrario a una norma jurídica, a lo que se recurre en particular es al principio que prohibe el « abuso de derecho ». Y ello se explica sin dificultad si se tiene en cuenta las razones a que obedece esta prohibición y la función esencial que desempeña respecto al ejercicio de los derechos subjetivos.

2. La doctrina del « abuso de derecho » : opiniones de los publicistas

70. Son relativamente pocos los publicistas que se han detenido a estudiar la aplicabilidad de la doctrina del « abuso de derecho » en las relaciones internacionales. Pero los que lo han hecho en su mayoría han llegado a la conclusión de que la doctrina, no sólo puede y debe ser aplicada para resolver determinadas situaciones, sino que la práctica misma ofrece antecedentes suficientes para demostrar su aplicabilidad. La cuestión se planteó formalmente por primera vez durante las deliberaciones del Comité Consultivo de Juristas que redactó el Estatuto del antiguo Tribunal Permanente. Al discutirse las disposiciones relativas a las fuentes (Art. 38), el miembro italiano, Ricci-Busatti, se refirió al principio « que prohibe el a busode derecho » como uno de los « principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas » que el Tribunal aplicaría al decidir, conforme al derecho internacional, las controversias que le fuesen sometidas. Por vía de ilustración mencionó las controversias que pueden suscitarse con motivo del ejercicio del derecho del Estado ribereño a fijar la anchura de su mar territorial. Asumiendo que no existía norma alguna de derecho internacional que definiese el límite exterior de este espacio marítimo, sugirió que el Tribunal debería admitir las medidas adoptadas sobre el particular por cada Estado, como « igualmente legítimas mientras no infrigiesen otros principios, tales como el de la libertad de los mares » [66].

71. A partir de entonces, varios publicistas han destacado la medida en que la doctrina del abuso de derecho ha sido reconocida en la práctica internacional, especialmente en la jurisprudencia de los tribunales y comisiones de reclamaciones, abogando por su aplicación progresiva como uno de los « principios generales de derecho » provistos en el párrafo 1 *c*) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como fuente de derecho internacional de esta clase, Politis la consideró de especial importancia en el desarrollo de ese ordenamiento jurídico, particularmente en lo relativo a los principios que rigen la responsabilidad del Estado [67]. Unos años después Lauterpacht observó, además, que en el derecho internacional — donde en contraste con el derecho interno el proceso legislativo y judicial todavía se encuentra en una fase rudimentaria — la responsabilidad se reduce a principios muy generales, el papel que la doctrina está llamada a llenar tiene una significativa importancia; toda vez que constituye uno de los elementos básicos de la institución [68]. En una monografía de fecha más reciente Kiss estima que la prohibición del abuso de derecho ya es más bien un principio general del derecho internacional, que proviene de la estructura misma de este ordenamiento jurídico, y le atribuye una triple función : la de promover a su desarrollo, ya mediante la formación de una nueva norma de derecho consuetudinario, ya por sus repercusiones en los ordenamientos jurídicos internos, o mediante la formación de normas convencionales, o bien dando origen a un nuevo principio [69]. Para Cheng la doctrina del abuso de derecho es una mera aplicación del principio de la buena fe al ejercicio de los derechos. Cualquier inobservancia de los requisitos de ese principio (esto es, cuando se ejercita un derecho con la intención de hacer daño, o la de evadir obligaciones, o en forma contraria al espíritu del orden jurídico, en forma contraria a los intereses de terceros, etc.), constituye un abuso de derecho, prohibido por el ordenamiento jurídico [70].

72. Los publicistas que objetan la aplicabilidad de la doctrina del abuso de derecho en las relaciones internacionales no lo hacen siempre por los mismas razones. Para Scerni, por ejemplo, el único fundamento teórico que puede tener la doctrina es la concesión social y solidarista de los derechos subjetivos, lo cual no es posible dado el carácter marcadamente individualista del derecho internacional [71]. En otro elaborado estudio de fecha más reciente J. D. Roulet estima inútil la doctrina debido al carácter primitov y a menudo impreciso de las normas del derecho internacional, y considera que tratar de remediar esta situación con una doctrina que asimismo se caracteriza por una marcada flexibilidad e imprecisión, no puede conducir a resultados positivos [72]. Examinando la cuestión desde otro ángulo Schwarzenberger sostiene que en los casos y situaciones que usualmente se mencionan en apoyo del reconocimiento y aplicabilidad de la doctrina en el derecho internacional, no ha habido realmente « abusos de derecho » sino viola-

---

[66] *Proceedings of the Consultative Committee of Jurists (June 16th - July 24th, 1920)*, págs 315-316.

[67] « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1925-I), vol. 6, pág. 108.

[68] *The Function of Law in the International Community* (1933), pág. 298.

[69] *L'abus de droit en droit international* (1953), pág. 193 a 196.

[70] *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), págs. 121 y 136.

[71] *L'Abuso di Diritto nei Rapporti Internazionali* (1930), pág. 80. Véase en el mismo sentido Cavaglieri, *Corso di Dirrito Internazionale* (3.ª ed., 1934), pág. 508.

[72] *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public* (1958), pág. 150.

ciones de una norma prohibitaria de ese ordenamiento jurídico [73].

3. Reconocimienito y aplicaciones de la doctrina en la práctica

73. El examen de la práctica internacional, especialmente a través de la jurisprudencia de los tribunales y las comisiones de reclamaciones, revela en forma inequívoca que, al menos, el principio en sí de la prohibición del abuso de derecho es aplicable en las relaciones internacionales. Este es evidente en la propia jurisprudencia de la Corte de la Haya. En el caso de *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca* (1926), el antiguo Tribunal Permanente admitió que, en materia contractual el abuso de un derecho o la infracción del principio de la buena fe revisten el carácter de un incumplimiento del tratado. Abundando sobre el particular el Tribunal declaró que el abuso de derecho no puede presumirse y que corresponde probarlo a la parte que lo alega [74]. En una decisión posterior el Tribunal señaló que hay abuso de derecho cuando un Estado trata de evadir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales mediante el recurso a medidas que tienen los mismos efectos que las que el convenio prohibe específicamente [75]. Igualmente, la nueva Corte Internacional de Justicia, en relación con el derecho a trazar líneas de base rectas con el objeto de medir el mar territorial, contempló el « caso de manifiesto abuso » de esa facultad del Estado ribereño [76].

74. Comentando la decisión arbitral en el caso *Boffolo* y otras similares el Magistrado Lauterpacht ha observado que « su nota más sobresaliente es la que admiten que el indiscutible derecho de expulsión degenera en un abuso de derecho cuando un extranjero, a quien se ha permitido establecer y constituir un hogar en el país, se le expulsa sin ninguna razón justa, así como la de que tal abuso de derecho constituye un acto ilegal que envuelve el deber de reparar [77]. La doctrina del abuso de derecho se ha aplicado a otras y diversas materias. Por ejemplo, en un conocido caso la Comisión General de Reclamaciones (EE.UU. — México) se refirió a los « abusos universales tanto del derecho de protección diplomática como del derecho de jurisdicción nacional, » declarando con este motivo que « ningún tribunal internacional debe ni puede eludir la tarea de hallar aquellas limitaciones de ambos derechos que los hagan compatibles con las normas y principios generales del derecho internacional » [78]. En el arbitraje del *Trail Smelter* (1938-1941) entre los Estados Unidos y el Canadá también se planteó el problema, aunque sin hacerse una referencia explícita a la prohibición del abuso de derecho: « ... de acuerdo con los principios del derecho internacional », declaró el Tribunal, « ... ningún Estado tiene el derecho a usar ni a permitir que se use su territorio en una forma en que se cause perjuicio por gases *(fumes)* en o al territorio de otro o a los bienes o personas que en él se encuentren, cuando el caso tiene serias consecuencias y se prueban los perjuicios de un modo inequívoco y conveniente » [79].

75. La noción esencial del « abuso de derecho » también aparece en algunos tratados y convenciones internacionales. Por ejemplo, en la Convención Interamericana sobre Derechos y Deberes de los Estados (Montevideo, 1933), se estipula que « El ejercicio de estos derechos no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de los otros Estados conforme al Derecho Internacional ». Aunque expresada en diferentes términos la misma idea fue incorporada en la Convención sobre Alta Mar, adoptada por la Conferencia de Ginebra (1958). Conforme a su Artículo 2, « ... La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por estos artículos y por las demás normas del derecho internacional » y, asimismo, « Estas libertades [la de navegación, la de pesca, etc.], serán ejercidas por todos los Estados con las debidas consideraciones para con los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de la alta mar. » El texto de estas disposiciones y su historia legislativa demuestran claramente el propósito a que responden: esto es, el de limitar el ejercicio de derechos no sujetos siempre a una reglamentación definida y precisa en el derecho internacional general ni en los propios instrumentos que los reconocen.

4. Cuándo el « abuso de derecho » origina la responsabilidad internacional

76. En derecho internacional, al igual que en el derecho interno, se plantea la cuestión de saber en que consiste, exactamente, el ejercicio « abusivo » de un derecho [80]. Aparte de las enormes dificultades que afrontaríamos si pretendiésemos ensayar una clasificación exhaustiva y sistemática de las diversas y diferentes hipótesis de « abuso de derecho », especialmente si se quiere fundar esa clasificación en los antecedentes que ofrece la práctica, a los fines del presente informe lo que interesa fundamentalmente es saber que el principio en sí ha sido reconocido como principio aplicable a las relaciones internacionales, ya sea a título de « principio general de derecho », ya sea como un principio general de derecho internacional [81]. Es evidente que no siempre resulta fácil determinar cuando se trata de un caso de abuso de derecho y cuando del incumplimiento de una obligación internacional propiamente dicha. Pero esto es muy distinto a decir que siempre podrá advertirse el incumplimiento de una obligación interna-

[73] « The Fundamental Principles of International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1955-I), vol. 87, págs. 309 y siguientes. En una publicación posterior el Profesor Schwarzenberger parece haber modificado su posición respecto al « ejercicio arbitrario e irrazonable de los derechos absolutos », esto es, de los « derechos y la discreción que caen dentro de la jurisdicción exclusiva del Estado ». *Cf.* « Uses and Abuses of the " Abuse of Rights " in International Law », *Transactions of the Grotius Society of International Law* (1956), vol. 42, pág. 167.

[74] Publicaciones del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, serie A, N.º 7, págs. 30 a 37.

[75] *Caso de las Zonas Francas de la Alta Saboya y el País de Gex* (1932), *ibid.*, serie A/B, N.º 46, pág. 167.

[76] *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I. C. J. Reports 1951*, pág. 142.

[77] Lanterpacht, *op. cit.*, pág. 289.

[78] Véase General Claims Commission (United States - Mexico), *Opinions of Commissioners* (1927), pág. 23.

[79] *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 49.V.2), pág. 1965.

[80] Sobre los distintos criterios con que se ha definido la institución en el derecho interno, véase L. Josserand, *De l'esprit des droits et leur relativité, théorie dite de l'abus des droits* (1927), *passim.*

[81] En cuanto a los criterios que se han sugerido en nuestra disciplina para definir el « abuso de derecho » véase Roulet, *op. cit.* págs. 67 y siguientes. Véase también Cheng, *op. cit.*, para una clasificación de las diferentes formas o modalidades que ha adoptado la institución en la jurisprudencia internacional.

cional que establece una prohibición, de hacer o dejar de hacer algo, perfectamente definida y precisa. Sería inútil negar que el derecho internacional, en un grado infinitamente mayor que el derecho interno, constituye un sistema nominativo pleno de lagunas y de imprecisiones, que esto ocurre tanto en el derecho consuetudinario como en el derecho convencional o escrito, y que estas lagunas e imprecisiones se presentan prácticamente en todas las materias objeto de este ordenamiento jurídico.

77. Abundando en lo que antecede, es natural que se convenga en que la más amplia esfera de aplicación de la doctrina del abuso de derecho corresponde a las llamadas « materias no reglamentadas », es decir, a las que « son esencialmente de la jurisdicción interna » de los Estados. A este respecto, según se indicó, aún los más enérgicos contradictores de la doctrina admiten la posibilidad del ejercicio abusivo de esta categoría de derechos del Estado. Ahora bien, precisamente los « principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado », en cuanto a los daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, se aplican a una materia en la cual el Estado necesariamente disfruta de amplias facultades discrecionales. El ejemplo que usualmente se ofrece es el derecho del Estado a expulsar a extranjeros, pero desde luego no es éste el único ni tampoco el más frecuente. En cualquier aspecto del « tratamiento » a que tienen derecho los extranjeros conforme a esos principios que rigen la responsabilidad internacional, al Estado se le reconoce, según vimos en el capítulo III de nuestro segundo informe (A/CN.4/106), la facultad de tomar medidas restrictivas de los derechos humanos y las libertades fundamentales por razones de seguridad interna, del bienestar económico de la nación, para velar por el orden, la salud y la moral públicos, etc. En consecuencia, cuando esta facultad no esté reglamentada por normas explícitas y precisas, la responsabilidad internacional en que puede incurrir el Estado por violación de derechos humanos y libertades fundamentales en tales hipótesis, solamente será imputable por razón de un ejercicio injustificado, arbitrario, es decir, « abusivo », de la facultad a que hacemos referencia.

78. En nuestro informe anterior, al examinar la responsabilidad internacional en que puede incurrir el Estado por medidas que afectan derechos adquiridos, tuvimos incluso que distinguir aquellas que daban lugar a actos « ilegales » de aquellas que, en cambio, sólo podían traducirse en actos « arbitrarios ». Este es otro campo de aplicación, como lo demuestra la práctica y lo han reconocido algunos publicistas, para la doctrina del abuso de derecho. Ante la imposibilidad, al menos actual, de una reglamentación detallada y precisa del derecho de expropiación, no cabe acudir a otra cosa que a la noción de « arbitrariedad » para saber cuando existe y es imputable la responsabilidad internacional. El acto de expropiación, pura y simplemente, cualesquiera que sean su forma o la naturaleza de los bienes, constituye el ejercicio de un derecho del Estado. Salvo en las hipótesis específicas que señalamos entonces (existencia de tratados o de cierto tipo de contrato o concesión), no cabría hablar, por lo tanto, de incumplimiento de una obligación internacional. El elemento constitutivo de la responsabilidad, cuando ésta existiese, necesariamente sería otro: la ausencia de un motivo o propósito que justifique la medida, la irregularidad en el procedimiento, su carácter discriminatorio o, según las circunstancias, la cuantía, oportunidad o forma de la compensación.

II. Cual es el fundamento de la responsabilidad internacional

79. Pasemos al segundo de los problemas que se plantean en relación con las condiciones o requisitos que se exigen para que un acto u omisión pueda calificarse como contrario al derecho internacional. Como se indicó en el párrafo 66 dicho problema consiste en saber si la existencia e imputabilidad de la responsabilidad internacional requieren, además del hecho ilegal y lesivo, una actitud determinada de la voluntad (culpa o dolo) de parte del sujeto de la imputación. Véamos primeramente las opiniones de los publicistas acerca de la cuestión, sobre todo para apreciar las dos teorías fundamentales que se han enunciado.

5. Opiniones de los publicistas acerca de esta cuestión

80. La teoría de la « culpabilidad » fue introducida en el derecho internacional por Hugo Grocio. Para él « ... si alguien está obligado a reparar lo que ha hecho su Ministro o servidor sin su falta, no es un virtud del Derecho de Gentes, sino del Derecho Civil, y aún esa regla de Derecho Civil no es general... ». Grocio hizo extensivo este principio a los casos de responsabilidad por actos de los particulares mediante las nociones de *patientia* y *receptus* : « Una comunidad civil [un Estado], como cualquier otra comunidad, no viene obligada por los actos de sus miembros sin algún acto de su parte o alguna omisión [82]. Como han observado algunos, la teoría tenía por objeto sustituir la doctrina germánica de las represalias, que se fundaba en la noción de la responsabilidad « colectiva » por los daños que causaran a un Estado o a sus súbditos otro Estado o los súbditos de éste [83]. Con posterioridad y hasta fines del siglo XIX los publicistas aceptaron la teoría prácticamente sin discutirla. Todavía durante otro cuarto de siglo la teoría predominó entre los cultivadores del derecho internacional, y aún en la actualidad un número considerable la defiende; especialmente su versión moderna, que hace depender la responsabilidad, no de la falta o culpa del Estado mismo, sino de la que pueda imputarse al órgano o funcionario autor del acto u omisión que obliga al primero [84].

81. Ninguna de estas versiones de la teoría de la « culpabilidad » deben confundirse con la concepción del « principio de la falta » *(principle of fault)* de B. Cheng. Fundándose en ciertas sentencias arbitrales que examinaremos más adelante, sostiene este autor que la falta *(fault)* es sinónima de « acto [u omisión] ilegal », porque significa la violación de una obligación que origina la responsabilidad internacional. En su opinión, a diferencia de la noción predominante entre los autores, en la jurisprudencia moderna a la falta ya no se la identifica exclusivamente con la negligencia o el dolo [*malice*]. Pero el hecho de que signifique cualquier acto u omisión que viole una obligación, no implica que para que dicho

[82] *De Jure Belli ac Pacis*, L.ii.c.17, s.20 y c.21, 5.2.

[83] Sobre este particular véase Nys, *Les origines du droit international* (1894), págs. 62 y siguientes.

[84] Respecto a estas dos versiones de la teoría, véase Guggenheim, *Traité de droit international public* (1954), vol. II, págs. 50 a 52.

acto u omisión sea internacionalmente legal debe ser cometido « intencional y maliciosamente o con negligencia culposa ». Algunos no son internacionalmente ilegales salvo que medie dolo o negligencia culposa. Ahora bien, ésta última no es otra cosa que una categoría de la falta, esto es, el incumplimiento de aquellas obligaciones que prescriben la observancia de cierto grado de diligencia en la protección de otra persona. En suma, para Cheng los únicos casos genuinos de « responsabilidad objetiva » son aquellos en que « la obligación de reparar está subordinada a la ocurrencia de ciertos hechos independientes de cualquier falta o acto ilegal imputable al sujeto de la obligación ». En tales casos, sin embargo, en su opinión no se trata de una responsabilidad propiamente dicha, sino simplemente de una obligación jurídica moldeada por la noción de la « responsabilidad contractual » (*assumed responsibility*) [85].

82. Pasemos ahora a las opiniones de los publicistas partidarios de la teoría del « riesgo ». Aunque fue Triepel quien primeramente hizo objeciones a la teoría de la « culpabilidad », en realidad sólo la rechazó en lo concerniente a la reparación política y moral, admitiendo la necesidad de exigir el elemento de la culpa o falta respecto al deber de reparar los daños materiales [86]. Anzilotti fue el primero en rechazar en su totalidad la teoría, postulando en su lugar el principio de la responsabilidad objetiva. Para él, el Estado es responsable, no por la relación directa e indirecta que exista entre su voluntad y la acción del individuo (órgano o funcionario), ni por una posible intención culpable o dolosa, sino por el hecho en sí de no haber cumplido una obligación que le impone el derecho internacional. No es la falta (culpa o dolo) sino el hecho contrario al derecho internacional lo que hace responsable al Estado; puesto que es la simple ausencia o falta de diligencia (en la prevención del acto del individuo o en su castigo) y no la falta « culposa », lo que constituye la violación del derecho internacional [87].

83. Cierto número de publicistas más recientes se han declarado partidarios de la teoría del « riesgo » o de la responsabilidad objetiva. En el curso de las deliberaciones del Institut de Droit International a que nos referimos más adelante, Bourquin sostuvo que, aún en los casos en que la responsabilidad internacional surge de la « falta de diligencia », es ésta la que origina la responsabilidad. Que, en último análisis, al confundirse el elemento intencional o culposo con la violación misma de la obligación internacional, la idea de la falta deviene superflua como condición independiente y necesaria de la responsabilidad del Estado [88]. En el mismo orden de ideas Guggenheim ha señalado que la « objetivización *(objectivation)* de la noción de negligencia crea para la colectividad un deber de vigilancia y de diligencia [89]. A veces se ha explicado la teoría desde el punto de vista del problema de la « imputabilidad », y a este respecto se ha dicho, por ejemplo, que una vez que el incumplimiento de una obligación internacional se haya determinado positivamente, esta conducta (acto u omisión) será imputada siempre que el órgano o funcionario del Estado haya actuado dentro de los límites de su competencia y su acción se haya producido en las circunstancias que el derecho internacional exige para que haya lugar a la imputación [90]. Para los miembros de la Escuela de Viena la teoría se explica simplemente por el carácter « colectivo » de la institución de la responsabilidad internacional [91].

84. Algunos publicistas han tratado de resolver el problema ensayando soluciones eclécticas. Shoen fue quien primeramente adoptó este camino, al sostener que la culpa es necesaria en todos los casos de responsabilidad por actos de los particulares, en los cuales ha de haber falta de diligencia de parte de los órganos o funcionarios del Estado, pero no en los demás casos, en los que se incurre en responsabilidad por la mera violación de derecho internacional [92]. Adoptando una posición similar Strupp extendió la esfera de aplicación de la culpabilidad a todos los casos de responsabilidad por omisión *(délits d'omission)*, en los cuales la responsabilidad se origina de una falta de diligencia, estimando que en los casos de actos positivos *(delicta commissiva)* el Estado era responsable, en cambio, en virtud de la ilegalidad del acto [93]. Los esfuerzos por hallar fórmulas conciliatorias a veces se han orientado en otras direcciones. El propio Anzilotti, al reconsiderar posteriormente su posición original, admitió que « Siempre que existe una norma que prevé la responsabilidad internacional del Estado por hechos determinados, es necesario averiguar si esta norma, tácita o expresamente, según su sentido y espíritu, subordina la imputación a la falta (o al dolo) de los órganos, o bien, por el contrario, aprecia únicamente la existencia de un hecho objetivamente contrario al derecho internacional ». En su opinión, en la mayor parte de los casos es imposible resolver la cuestión sobre la base de una norma determinada, por lo que entonces se tendrá que recurrir a los principios generales de derecho, conforme a los cuales se verá que, por lo regular, en el derecho internacional el *animus* del individuo-órgano no es la causa o la condición de la responsabilidad [94]. A su vez, publicistas partidarios de la teoría

---

[85] Véase *General Principles of Law*, etc., capítulo 8.

[86] Citado por Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927), pág. 142, nota 5.

[87] *La Teoria Generale della Responsabilitá dello Stato nel Diritto Internazionale* (1902), págs. 172 y 173.

[88] Véase *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, vol. I, págs. 504 y 505.

[89] Guggenheim, *op. cit.*, pág. 54.

[90] Véase Starke, « Imputability in International Delinquencies », *British Year Book of International Law* (1938), pág. 114. Véase el mismo planteamiento en Diena, *Derecho Internacional Público* (trad. de la 4.ª ed. italiana por J. M. Trias de Bes, 1948), pág. 437.

[91] Véase en este sentido Kunz, « Teoría General del Derecho Internacional » *Cursos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional* (La Habana, 1952), vol. III, pág. 431. Kelsen, sin embargo, al distinguir entre el sujeto de la obligación y el sujeto de la sanción, admite que la responsabilidad del segundo puede depender de la culpa del autor. Véase *Principles of International Law* (1952), pág. 122.

[92] Citado por Eagleton, *The Responsibility of States in international Law* (1928), pág. 212. En favor de esta solución se declaró más tarde Visscher, « La Responsabilité des États », *Bibliotheca Visseriana* (1924), págs. 86 y siguientes.

[93] *Éléments du droit international public, universel, européen et américain* (2.ª ed., 1930), vol. I, pág. 330.

[94] *Curso de Derecho Internacional* (Trad. de la 3ª ed. italiana por J. L. Oliván, 1935), vol. I, págs. 436 y siguientes. La idea de determinar conforme a la propia norma si la responsabilidad se subordina o no a la concurrencia de algún elemento subjetivo, ha sido compartida posteriormente por Starke, *loc. cit.*, pág. 116 y por Ross, *A Text Book of International Law* (1947), págs. 257 y 258.

de la culpabilidad también han hecho concesiones, en el sentido de que « si las necesidades de la vida internacional nos conducen a la adopción, en ciertos casos, del principio de la responsabilidad objetiva, tales casos, sin embargo, constituyen, como ocurre en el derecho privado, una excepción generalmente reconocida de la responsabilidad fundada en la falta » [95].

6. Posición de la jurisprudencia internacional

85. Esta diversidad de opiniones que se advierte entre los publicistas obedece mayormente a la ausencia de una posición u orientación definida en la práctica internacional. En primer lugar, las decisiones de los tribunales y comisiones de reclamaciones no siempre son consecuentes en cuanto a la terminología que se emplea sobre el particular. En efecto, en algunos casos, que hemos visto citar para demostrar la aceptación expresa de la teoría de la « culpabilidad », el vocablo « falta » no se emplea realmente en el sentido de « culpa » o de cualquier otro elemento subjetivo, sino más bien en el sentido de un acto o de una omisión que constituye en si mismo el incumplimiento de la obligación internacional. Por ejemplo, en el caso del *Jamaica* (1798) el vocablo es usado como sinónimo de « inobservancia de un deber » *(omission of duty)* [96]. Igualmente, en el caso de las *Indemnizaciones Rusas* (1912), decidido por el Tribunal Permanente de Arbitraje, « falta » *(fault)* significa el acto u omisión que supone el deber de reparar; es decir, se le identifica con el concepto de « acto u omisión ilegal » [97].

86. Existen casos, indudablemente, en los cuales al elemento subjetivo (falta o culpa y aún el dolo) no sólo se menciona en forma expresa, sino que se le considera como el fundamento de la responsabilidad y de la imputación del acto u omisión contrario al derecho internacional. En el caso *Chattin* (1927) la Comisión General de Reclamaciones entre Estados Unidos y México admitió que cuando se trate de una injusticia cometida por un órgano judicial, es necesario indagar si el trato que ha recibido el extranjero supone un ultraje, mala fe, inobservancia internacional de un deber o una insuficiencia de la acción gubernamental apreciada imparcialmente [98]. Y en el arbitraje de las *Focas de Piel Fina* (1892) el Presidente del Tribunal se refirió a los daños causados con intención dolosa *(maliciously)* [99]. Existen otros casos, en cambio, en los cuales no se subordina el carácter ilegal del acto u omisión al *animus* que pueda haber motivado la conducta del órgano o funcionario. Por ejemplo, en el caso *The Caire* (1929) la Comisión declaró que « para poder admitir la llamada responsabilidad objetiva del Estado por actos cometidos por sus funcionarios u órganos extralimitándose en su competencia, es necesario que ellos hayan actuado, al menos aparentemente, como funcionario u órganos competentes, o que, al actuar, hayan usado las facultades y medios propios de su condición oficial » [100]. Asimismo, en el caso *Jessie* (1921), decidido por el Tribunal Arbitral de Reclamaciones Británico-americano, se admitió que « cualquier gobierno es responsable ante otros gobiernos por errores de apreciación *(errors of judgement)* de sus funcionarios que se suponían actuar dentro de la esfera de sus deberes e investidos de facultades para ejecutar sus órdenes » [101].

87. Respecto a la jurisprudencia del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional, de acuerdo con una opinión bastante generalizada, « Hasta en la Sentencia dictada en el caso del Canal de Corfú (fondo del asunto) (1949), la práctica del Tribunal Mundial es inequívoca. Se ha basado en la presunción de que cualquiera violación imputable y voluntaria de una obligación internacional constituye un acto ilegal. En ninguna sentencia u opinión consultiva el Tribunal prestó atención alguna a la intención culposa o negligencia como elemento constitutivo de los actos ilegales internacionales » [102]. Aunque pudiera sostenerse que en el caso del *Canal de Corfú* la Corte Internacional de Justicia declaró responsable a Albania de acuerdo con la teoría de la « culpabilidad », en realidad no existe ningún pasaje en la sentencia que lo demuestre de un modo inequívoco. Es cierto que la Corte admitió que « no puede concluirse que por el mero hecho del control que ejerce un Estado en su territorio y su mar territorial que ese Estado necesariamente tenía conocimiento, o debío haberlo tenido, de cualquier acto ilegal perpetrado en ellos, ni tampoco que conocía, o debió haber conocido, los autores. Este hecho por si solo y sin que concurran otras circunstancias, ni supone *prima facie* la responsabilidad ni afecta la carga de la prueba. » Sin embargo, la Corte, al determinar las « otras circunstancias » necesarias para la imputación de la responsabilidad, procedió al examen únicamente de la cuestión « ... de si se había comprobado mediante pruebas indirectas que Albania tenía *conocimiento* de la existencia de la colocación de minas en su mar territorial, independientemente de cualquiera connivencia de su parte en esta operación ». En otro pasaje la Corte incluyó, entre las obligaciones internacionales involucradas en el caso, « la obligación de todo Estado de no permitir *a sabiendas* que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados [103]. Cuando se lee la sentencia en su conjunto, la cuestión de si este elemento o circunstancia de tener « conocimiento » actual ha de estimarse

[95] Lauterpacht, *op. cit.*, pág. 143.

[96] Véase J. B. Moore, *International Adjudications, etc., Modern Series* (1929-33), vol. IV, pág. 499.

[97] *The Hague Court Reports* (1916), J. B. Scott, ed., pág. 543.

[98] General Claims Commission (U. S.-Mexico), *Opinions of Commissioners*, 1927, pág. 429.

[99] Véase J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations, etc.* (1898), vol. I, pág. 890.

[100] Véase *Jurisprudence de la Commission franco-mexicaine des réclamations*, 1924-1932 (París, 1933), pág. 221.

[101] *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta : 55.V.3), pág. 59. Respecto de los casos de responsabilidad por actos *ultra vires* de los órganos o funcionarios se ha dicho recientemente que « parecen indicar que el elemento de dola *(malice)* no sólo no es esencial al establecimiento de la responsabilidad, sino que una ausencia absoluta de falta no haría inadmisible la reclamación ». Véase T. Meron, « International Responsibility of States of Unauthorized Acts of their Officials », *British Year Book of International Law* (1957), pág. 96. Véase otras decisiones que parecen admitir la « responsabilidad objetiva » en Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1936-IV), vol. 58, pág. 690 y siguientes.

[102] Schwarzenberg, *International Law*, vol. I, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (2.ª ed. 1957), pág. 632. Véase una observación similar en Guggenheim, *op. cit.*, pág. 52.

[103] *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949 : I. C. J. Reports 1949*, págs. 18 y 22.

idéntico o al menos análogo a la culpa, es una cuestión de interpretación. Las opiniones expresadas en relación con este aspecto de la sentencia por los magistrados que no la votaron, pueden considerarse como una razón más para sostener ese punto de vista [104].

7. Examen del problema desde el punto de vista de la codificación

88. Es evidente que ni la doctrina científica ni la jurisprudencia aun se han definido respecto del problema relativo al fundamento de la responsabilidad internacional. Sin embargo, el estudio de la segunda permite formular ciertas conclusiones, al menos con un carácter general. En este sentido, en los casos de omisiones relacionadas con actos de los particulares, el elemento subjetivo (culpa o dolo) está tan estrechamente vinculado con la conducta del órgano o funcionario que prácticamente se identifica con ella para llegar a constituir, en último análisis, el objeto mismo de la imputación. En otras palabras, en los casos de responsabilidad originados por la negligencia (o cualquier otra forma de expresión de la voluntad) del órgano o funcionario, es en ella donde radica la conducta contraria al derecho internacional. Como indicamos en nuestro segundo informe (A/CN.4/106, cap. V, secc. 15), si en alguna hipótesis de responsabilidad no cabe admitir que ésta surge por la pura y simple presencia del hecho lesivo, es en las de falta de la « debida diligencia ». En cambio, en los casos de actos positivos, y aun en los de omisiones que originan la responsabilidad directa del Estado, el *animus* que pudiera atribuirse al órgano o funcionario, si es que juega algún papel, no parece haber tenido mayor importancia a los efectos de la imputación de la responsabilidad, que depende fundamentalmente de la existencia de un daño y del hecho, igualmente objetivo, de que aquél se haya derivado del incumplimiento de una obligación internacional (o, en su caso, del abuso de un derecho). Este segundo grupo de hipótesis se hace sin perjuicio, naturalmente, de que la norma en cuestión requiera la presencia de la culpa o de cualquier otra actitud de la voluntad y subordine a ella la imputabilidad de la responsabilidad o que el juez internacional pueda derivar esa condición de la naturaleza o del propósito de la norma. La formulación de otras conclusiones, salvo que estén concebidas en términos tan generales como las que anteceden, correría el peligro de no reflejar debidamente la realidad.

89. Ahora bien, ¿cómo se plantea este problema del fundamento de la responsabilidad internacional desde el punto de vista de la técnica de la codificación? Con excepción del proyecto que elaboró en 1927 el Institut de Droit International y del que se aprobó en el III Congreso Hispano-Luso-Americano del Derecho Internacional, aparentemente, en ninguna de las codificaciones oficiales o privadas a que nos hemos venido refiriendo en nuestros informes se ha tratado de resolver la cuestión [105]. El texto adoptado por el *Institut* tampoco supone una posición definida y categórica. Los miembros estaban divididos no sólo en cuanto al aspecto del fondo sino también en cuanto a la conveniencia de introducir en el proyecto una disposición sobre el particular. La mayoría participaba de la teoría de la « culpabilidad », que el Relator Strisower había adoptado en su informe como aplicable a todos los casos de responsabilidad [106]. Sin embargo, el texto que finalmente se adoptó parece reflejar un propósito de conciliar las dos tendencias aunque admitiéndose la responsabilidad objetiva más bien como una excepción de la regla general: « Esta responsabilidad del Estado no existe si la inobservancia de la obligación no se debe a culpa de sus órganos, a menos que, en el caso de que se trate, una regla convencional o consuetudinaria, especial para la materia, admita la responsabilidad sin culpa » [107]. En cambio, el segundo de los proyectos que hemos mencionado sí adopta la teoría de la culpabilidad en forma absoluta: « que tal acto ilícito sea imputable jurídicamente al Estado, por dolo por culpa de su parte, debidamente comprobados » [108].

90. No es difícil advertir que ninguno de los dos textos refleja la práctica dominante. El segundo consagra como principio absoluto una idea que desde fines del siglo pasado ha sido objeto de un abandono progresivo en la doctrina científica. La fórmula del Institut por su parte, además de adolecer del mismo defecto, tampoco contempla las hipótesis de « responsabilidad sin culpa » en la forma ni con alcance con que se presentan más a menudo en la realidad. En relación con estos ensayos de codificación interesa observar que durante las deliberaciones del Institut uno de sus miembros, Le Fur, expresó que podía construirse una teoría de la responsabilidad sin necesidad de vincularla con la noción de la falta o la del riesgo, fundándose en que la oposición entre las dos nociones era exagerada y que no tenía más que un interés técnico. En la misma ocasión De Visscher, después de señalar los inconvenientes de las dos nociones, se declaró partidario de un « sistema de pruebas » *(système des preuves)*, que indicaría en qué casos el Estado es responsable *prima facie* y, en cuáles puede exonerarse de esta responsabilidad invocando determinadas circunstancias [109].

---

[104] Véase las opiniones disidentes de lis magistrados Badawi Pasha, Krilow y Azevedo, *ibid.*, págs. 67, 71 y 85, respectivamente.

[105] Se ha dicho que el artículo 1 de los textos aprobados por el Comité III de la Conferencia de La Haya reconoce la « responsabilidad objetiva » del Estado por las acciones de sus órganos y que consagra el desenvolvimiento de esta nocion. Véase Guggenheim, *op. cit.*, pág. 53. Como se recordará, conforme a dicho artículo. « todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado por parte de sus órganos que cause un daño a la persona o los bienes de un extranjero dentro del territorio de ese Estado, entraña la responsabilidad internacional ». Aparte del hecho de que el texto se limita a observar la redacción usual de las codificaciones de la época, no hay nada en las actas del Comité III que demuestren que ni la delegación francesa — que fue la que patrocinó la propuesta original — ni ninguna otra, tuvieron *in mente* el problema relativo al fundamento de la responsabilidad internacional. Véase publicaciones de la Sociedad de las Naciones, Off. N.° C.351 (c) M.145 (c) 1930. V. págs. 26 a 31, 236.

[106] El texto original del Relator era el siguiente: « L'État n'est responsable que si l'inexecution de l'obligacion internationale est la conséquence du dol ou de la négligence de ses organes. » En una etapa posterior de la discusión la Comisión III del Institut introdujo un nuevo texto que preveía casos en los cuales no se requeriría culpa: « L'État n'est responsable que si l'inobservation de l'obligation internationale est la conséquence d'une faute de ses organes. Est reservée la question de savoir dans quel cas l'État pourrait être tenu de reparer un dommage sans qu'il y ait eu faute de la part de ses organes. » *Cf. loc. cit.*, págs. 471 y 457 a 478, respectivamente.

[107] *Loc. cit.*, vol. III, págs. 330 a 331.

[108] Véase *III Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Boletín de Información N.° 15, Resolución V. La Responsabilidad del Estado por Daños Causados a los Extranjeros.*

[109] *Loc. cit.*, vol. III, pág. 106.

8. Situación especial creada por el desarrollo de la técnica

91. Todos los antecedentes a que se ha hecho referencia hasta aquí se relacionan exclusivamente — o al menos primordialmente — con las hipótesis comunes y corrientes de responsabilidad. De ahí que esta exposición resultaría incompleta si no se hiciese alguna referencia a la situación especial que ha creado la aplicación progresiva de la tecnología moderna a la industria y a otras actividades. A este respecto es lógico esperar que en el derecho internacional se produzca una reacción análoga a la que ya ha tenido lugar en la legislación interna de muchos países; reacción determinada por la necesidad de atender el creciente número de riesgos que supone el empleo de la nueva técnica, creando al efecto nuevas categorías de responsabilidad objetiva. En el orden de los antecedentes que nos ofrece la jurisprudencia internacional, en rigor sólo cabe mencionar el caso del *Trail Smelter*, citado anteriormente en relación con el « abuso de derecho », pero que también puede servir para demostrar que el Estado es responsable por los daños que se causen a consecuencia de determinadas actividades industriales; independientemente de toda cuestión relativa al *animus* que pudiera atribuirse al órgano o funcionario encargado de evitar la ocurrencia del riesgo.

92. En el terreno de la teoría, el problema adquirió notoriedad con motivo de los experimentos nucleares realizados en ciertas zonas de la alta mar. Defendiendo el derecho de los Estados Unidos a realizar estos experimentos, McDougal y Schlei sostuvieron que, como « medidas preparatorias de legítima defensa », dichos experimentos podían llevarse a cabo dentro de un concepto de « competencia razonable » *(reasonable competence)* del Estado más allá de su mar territorial; esto es, siempre que se tratase de una interferencia temporal y limitada de la navegación y la pesca en la alta mar [110]. Otros publicistas, en cambio, se han pronunciado en contra de estos experimentos y han señalado la responsabilidad internacional en que puede incurrir el Estado que los realiza. Especialmente el Profesor Gidel destacaba que, desde el punto de vista jurídico, es indudable que los experimentos nucleares que afectan la alta mar constituyen actos internacionalmente ilícitos, que envuelven la obligación de reparar los daños causados, independientemente de las medidas de precaución que se hubiesen tomado para evitar tales daños [111].

93. La situación es substancialmente la misma cuando se trata de experimentos nucleares realizados en el territorio del Estado, el uso de la alta mar como receptáculo de residuos de materiales radiactivos, el uso del espacio para el lanzamiento de proyectiles intercontinentales y de satélites artificiales, etc.; que suponen nuevos riesgos, a menudo imprevisibles e incontrolables, para la seguridad humana, la propiedad y para el disfrute y aprovechamiento del mar libre y el espacio suprayacente. Ahora bien, el examen y la solución del problema se dificulta mayormente por la circunstancia de que en todos estos casos hay que comenzar por saber si un Estado tiene derecho a usar la alta mar y el espacio suprayacente — y aún su propio territorio — para realizar experimentos de esa naturaleza. Todavía en fecha reciente el Presidente Eisenhower ha declarado, en desacuerdo con las protestas que originó el anuncio de la Unión Soviética de que probaría un nuevo y poderoso cohete en una zona del Pacífico central, que los Estados Unidos han reclamado siempre el derecho a usar ciertas zonas de alta mar para realizar experimentos científicos legítimos después de notificar a todos los interesados y tomar medidas para no perjudicar a nadie; agregando que Estados Unidos presumía que eso estaba dentro de las normas del derecho internacional y que sería impropio protestar contra el propósito de la Unión Soviética de hacer lo mismo [112]. Sin embargo, la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Ginebra, 1958) reconoció, en relación con el artículo 2 de la Convención sobre la Alta Mar citado más arriba, que « muchos Estados temen profunda y sinceramente que las explosiones nucleares constituyan una infracción de de la libertad del mar » [113]. Posteriormente, en su decimocuarto período de sesiones la Asamblea General « consciente de la gran inquietud del mundo entero, expresada repetidas veces en las Naciones Unidas, ante la perspectiva de nuevos ensayos de armas nucleares y de sus efectos sobre el género humano » encareció a Francia que se abstuviera de hacer ensayos nucleares en el Sáhara (resolución 1379 (XIV)) [114]. Algunos Estados propusieron también que se señalase a la atención de Francia que, al crear en Africa una situación de peligro, no podía asumir la responsabilidad de proteger a los Estados soberanos amenazados.

94. Parece evidente que, con vista a estas resoluciones, no puede afirmarse la existencia, *stricto sensu*, de una obligación internacional que prohiba los ensayos nucleares, y lo mismo pudiera decirse respecto de los otros experimentos a que se hizo referencia. Sin embargo, si se invoca la libertad de usar la alta mar o el espacio suprayacente — y aun el propio territorio del Estado — ¿sería legítimo el ejercicio de esa libertad para actividades potencialmente lesivas a intereses tan importantes como la seguridad humana? Como se ve, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, el problema no radica en saber si existe o no una prohibición definida y precisa de realizar tal o cual experimento y en tales o cuales condiciones, toda vez que basta con saber que se trata de actividades que comportan, por su naturaleza misma y por sus consecuencias lesivas, el ejercicio abusivo e ilegítimo de un derecho. Y hablamos de « un derecho » porque los experimentos científicos que potencialmente no son capaces de causar daños son perfectamente compatibles con la libertad de uso de la alta

[110] « The Hydrogen Bomb Tests in Perspective : Lawful Measures for Security », *The Yale Law Journal* (abril, 1955), Vol. 64, págs. 684 a 687.

[111] « Explosions nucléaires experimentales et liberté de la haute mer », en *Problèmes fondamentaux du droit international, Festashrift für Jean Spiropoulos* (1957), págs. 198, 201, 202, 205. Véase en el mismo sentido E. Margolis, « The Hydrogen Bomb Experiments and International Law », *The Yale Law Yournal* (1955), vol. 64, págs. 635, 641, 647.

[112] Cable de la UPI, fechado en Wáshington el 13 de enero de 1960.

[113] Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *Documentos oficiales, Volumen II, Sesiones Plenarias* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 58.V.4, Vol. II), anexos, documento A/CONF.13/.56, resolución I : Experimentos nucleares en alta mar.

[114] En las resoluciones 1402, A y B (XIV) sobre la « Suspensión de los ensayos nucleares y termonucleares », la Asamblea General se refirió a las negociaciones iniciadas en Ginebra el 31 de octubre de 1958 sobre dicha suspensión, « considerando que es urgente llegar a un acuerdo sobre la cesación de los ensayos nucleares y termonucleares bajo un sistema eficaz de control internacional ».

mar y del espacio. Si recordamos el texto del artículo 2 de la Convención de Ginebra que se ha citado reiteradamente se verá que, en efecto, esta libertad, cualesquiera que sean sus manifestaciones, « ... serán ejercitadas por todos los Estados con las debidas consideraciones para con los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de la alta mar ».

95. En suma, la situación especial creada por los experimentos nucleares y por las demás actividades a que hemos hecho referencia en esta sección, por el momento no parece que pueda resolverse sino mediante el recurso a la « doctrina del abuso de derecho ». Ciertamente, la aplicación de la doctrina parece ser la única alternativa que permite solucionar los casos que se presenten mientras se regule la materia y se determinen y precisen las condiciones a que estaría subordinada la imputación de la responsabilidad internacional. En estas circunstancias, la cuestión relativa al fundamento de la responsabilidad pierde cierta importancia. En todo caso, como lo que primordialmente importa es el hecho lesivo, consecuencia de un manifiesto abuso de derecho, carecería de sentido exigir, como fundamento de la imputación de la responsabilidad, la culpabilidad del que ha ocasionado los daños. Lo que tal vez pudiera admitirse es que el grado de diligencia y los esfuerzos realizados por el Estado para evitar que los riesgos tengan, hasta cierto punto, el efecto de una circunstancia atenuante de la responsabilidad, pero nunca el de exonerarlo de ella ni el de eximirlo del deber de reparar los daños y perjuicios ocasionados.

96. Como es del conocimiento de la Comisión, el Organismo Internacional de Energía Atómica ha encargado a un Panel o Comité de Expertos que investigue los peligros que pueden derivarse de los usos pacíficos de la energía nuclear y que recomiende cualquier acción que estime necesaria para asegurar el máximo de protección jurídica al público. Parte de las discusiones que hasta el presente han tenido lugar se ha referido al problema de la responsabilidad internacional de los Estados por los daños que se ocasionen a las personas a o los bienescomo consecuencia de los experimentos nucleares. El propósito de estas deliberaciones ha sido el de preparar un proyecto de convención sobre la materia. Una de las cuestiones que se ha planteado es la de si se requeriría la presencia de falta o negligencia como elemento constitutivo de la responsabilidad internacional imputable al Estado en estos casos.

C. MODIFICACIONES Y ADICIONES AL ANTEPROYECTO

97. Tanto en este informe como en el anterior hemos llegado a ciertas conclusiones que desearíamos incorporar a las disposiciones correspondientes del anteproyecto que tenemos presentado a la Comisión. Veamos primeramente las que se refieren a los elementos constitutivos de la institución de la responsabilidad internacional, y luego las que se contraen a las medidas que afectan derechos adquiridos.

1. Elementos constitutivos de la responsabilidad internacional (artículo 1 del anteproyecto)

98. Como hemos visto en la parte B de este informe, en relación con las condiciones o requisitos que se exigen para que un acto u omisión origine la responsabilidad internacional del Estado se plantean dos problemas: el primero, que consiste en saber si el acto u omisión comporta el incumplimiento de una « obligación » internacional, perfectamente definida y precisa, o si basta con que haya habido un « abuso de derecho »; y el segundo, que consiste en saber si la existencia de la responsabilidad requiere, además del hecho ilegal y lesivo, una actitud determinada de la voluntad (culpa o dolo) de parte del sujeto de la imputación. Ambos problemas se plantean primordialmente respecto al artículo 1 del anteproyecto.

a) *Naturaleza de los actos y omisiones que originan la responsabilidad internacional*

99. Respecto del primero de los dos problemas a que aludimos, en la sección 4 de la Parte B, I, vimos, en términos generales, cuándo el « abuso de derecho » origina la responsabilidad internacional del Estado. Veamos ahora cómo se plantea la cuestión desde el punto de vista de la técnica de la codificación. Ante todo, es innegable que la distinción entre los casos de incumplimiento de obligaciones internacionales concretas, perfectamente definidas y precisas, y los casos de « abuso de derecho », a veces es muy sutil y a menudo difícil de establecer, debido a la misma imprecisión del sistema normativo del derecho internacional. Por esta razón y especialmente para superar las dificultades con que se tropezaría si se pretendiese caracterizar las diversas y diferentes hipótesis del « abuso de derecho », podría agregarse un párrafo al artículo 1 del anteproyecto, concebido en los siguientes términos:

> « *2 bis.* La expresión « obligaciones internacionales del Estado » comprende, asimismo, la prohibición del « abuso de derecho », entendido en el sentido de todo acto u omisión contrario a las normas del derecho internacional, convencional o general, que regulan el ejercicio de los derechos del Estado.»

Concebido de este modo, el párrafo contempla cualquier hipótesis de « abuso de derecho », toda vez que, para que un acto u omisión de esta naturaleza sea capaz de originar la responsabilidad del Estado, dicho acto u omisión debe comportar la infracción de una norma, emanada de un tratado o del derecho internacional general, que prescriba las limitaciones a que está sujeto el ejercicio (legítimo) del derecho de que se trate.

100. No obstante lo anterior, si la Comisión prefiriese la no inclusión del párrafo que sugerimos y se limitase a la fórmula generalmente empleada en los proyectos de codificación anteriores, cabría hacerlo interpretando la expresión « obligaciones internacionales del Estado » en un sentido lato a fin de que entre dichas obligaciones se considerase incluida la prohibición del « abuso de derecho », a título de « principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas » o a título de principio de derecho internacional. Al comentar sobre el contenido y alcance de dicha expresión en el segundo informe (A/CN.4/106, capítulo I, sección 4), refiriéndonos a la posibilidad inevitable de que en toda codificación existan « lagunas », nos preguntamos cuál sería la solución para llenar las que presentaría el proyecto. En esa ocasión indicamos que su artículo 1 hablaba de « obligaciones internacionales del Estado » en el sentido de las que emanan de « cualquiera de las fuentes

del derecho internacional ». Y agregábamos a este respecto : « El anteproyecto pretende agotar estas obligaciones, pero cuando se trate de alguna situación prevista expresamente en el articulado, habrá que recurrir a cualquiera de esas fuentes y buscar en ellas el principio o la norma aplicable, siempre que ésta no sea incompatible con sus disposiciones. De este modo, la referencia en el artículo a las « obligaciones emanadas de cualquiera de las fuentes del derecho internacional » permitirá aplicar, con carácter supletorio, principios y normas no previstos explícitamente en el proyecto que elabore la Comisión. » Por lo tanto, la interpretación que indicamos, de por sí jurídicamente posible, sería además consecuente con estas consideraciones. Sin embargo, la adición del parráfo que proponemos tendría la ventaja de definir en el proyecto mismo la idea esencial en que radican la hipótesis de « abuso de derecho ».

101. Naturalmente, lo anterior toca más bien al aspecto formal del problema, puesto que la cuestión de fondo radica en saber si conviene o no admitir el « abuso de derecho » como elemento constitutivo de la responsabilidad internacional del Estado y consignarlo expresamente en el artículo 1. A este respecto permítasenos explicar por qué abogamos en este informe por la admisión de la doctrina del abuso de derecho pese a que en nuestro segundo informe nos preguntamos si « ¿no sería en extremo peligroso abandonar la fórmula tradicional, incluyendo en el proyecto que eventualmente elabore la Comisión una cláusula que contemplase hipótesis de responsabilidad sin violación o inobservancia de obligaciones internacionales específicas o concretas ?» Sin embargo, en esa misma oportunidad observamos : « ¿qué objeto tendría insertar dicha cláusula si el proyecto no excluiría en modo alguno las hipótesis de responsabilidad que se quiere atender [explosión atómica de Bikini y caso del *Trail Smelter*], cuando en ellas concurran realmente las condiciones que justifiquen una reclamación al Estado por su negligencia en el desempeño de sus funciones esenciales? » (A/CN. 4/106, capítulo I, sección 3). El estudio más detenido de la cuestión que hicimos con posterioridad [115], y en particular el de las aplicaciones necesarias de la doctrina respecto de las medidas que afectan derechos adquiridos [116], necesariamente nos han inclinado a proponer su incorporación al proyecto que elabore la Comisión. Creemos que los inconvenientes que innegablemente supone en determinados casos, están ampliamente compensados por las evidentes ventajas que ofrece al asegurar una mayor protección jurídica a los intereses que pueden ser afectados por el ejercicio abusivo de un derecho.

b) *Fundamento de la imputación*

102. En la sección 7 de la Parte B, II, de este informe formulamos algunas conclusiones generales sobre la posición asumida por la jurisprudencia internacional con respecto al problema del fundamento de la imputación de la responsabilidad, y la forma en que se plantea desde el punto de vista de la técnica de la codificación. Para concretar y complementar ahora dichas conclusiones sólo nos resta agregar que es innecesario introducir modificaciones o adiciones en el texto del artículo 1 del anteproyecto. La responsabilidad internacional en principio es objetiva, por cuanto lo que realmente importa es la existencia de un daño y que éste sea la consecuencia del incumplimiento injustificado de una obligación internacional del Estado o, en su caso, del abuso injustificable de un derecho. Todos estos elementos constitutivos generales de la responsabilidad están contemplados en el nuevo texto del artículo 1. Cuando se requiera la culpa o cualquier otro elemento subjetivo para que la responsabilidad exista y sea imputable, o si se quiere, cuando en dicho elemento radique el hecho mismo en que descansa la responsabilidad y su imputación, habrá entonces que consignarlo expresamente en la hipótesis de que se trate. Y así lo hace el anteproyecto, por ejemplo con respecto a las hipótesis de responsabilidad en que puede incurrir el Estado con motivo de los actos de los particulares y los disturbios internos.

2. Medidas que afectan derechos adquiridos (capítulo IV del anteproyecto)

103. Pasemos ahora a las modificaciones y adiciones relativas al capítulo IV del anteproyecto, que llevaba por título « Incumplimiento de Obligaciones Contractuales y Actos de Expropiación » en el texto original. Estos cambios se fundan en la conclusiones formuladas en el cuarto y el presente informes.

a) *Medidas que originan la responsabilidad internacional*

104. Según explicamos en la introducción al cuarto informe (A/CN.4/112), la diferencia entre éste y el capítulo IV del segundo informe no era únicamente de orden cuantitativo, sino que radicaba igualmente en el método de estudio seguido en uno y otro. Además de examinar con mayor detenimiento la doctrina y la práctica tradicionales en la materia, en el cuarto informe se estudiaron las nuevas tendencias que han aparecido principalmente después de la última guerra, las cuales, aunque no constituyan en su conjunto un movimiento uniforme y algunas hasta resulten contradictorias, están produciendo innegablemente un profundo impacto en las nociones y conceptos tradicionales. En este orden de ideas agregábamos entonces que hasta tal punto esto era cierto que sería en extremo irrealista ignorar ese hecho, así como la valiosa contribución que dichas tendencias y orientaciones puede significar en el desarrollo y la codificación de este capítulo de la responsabilidad internacional. A continuación se transcribe el texto revisado del capítulo IV del anteproyecto :

CAPITULO IV

MEDIDAS QUE AFECTAN DERECHOS ADQUIRIDOS

Artículo 7. Medidas de Expropiación y de Nacionalización

1. El Estado es responsable cuando expropia bienes de un extranjero si la medida no se conforma a lo dispuesto en el ordenamiento interno vigente en el momento en que fueron adquiridos dichos bienes por el titular afectado.

[115] Véase García Amador, « State Responsibility — Some New Problems », *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (1958-II), vol. 94, pág. 376 y siguientes.

[116] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1959, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 59.V.1, Vol. II), documento A/CN.4/119, especialmente la sección 5.

2. Cuando se trate de medidas de nacionalización o expropiación de carácter general e impersonal, el Estado es responsable si las medidas no obedecen a una causa o interés público, si se discrimina entre nacionales y extranjeros en perjuicio de los segundos respecto a la indemnización de los bienes expropiados, o si se cometen irregularidades injustificadas perjudiciales a ellos en la interpretación o la aplicación de dichas medidas.

Artículo 8. Incumplimiento de Obligaciones Contractuales en General

1. El Estado es responsable por el incumplimiento de obligaciones estipuladas en un contrato celebrado con un extranjero o en una concesión que ha otorgado, si la medida no se justifica por causa de utilidad pública o por necesidad económica del Estado, o si comporta una « denegación de justicia » en el sentido en que se emplea esta expresión en el artículo 4 del presente anteproyecto.

2. La disposición que antecede no es aplicable cuando en el contrato o concesión figura una cláusula de la naturaleza de las previstas en el párrafo 2 del artículo 16.

3. Cuando el contrato o concesión se rige por el derecho internacional o por principios jurídicos de carácter internacional, el Estado es responsable por el mero incumplimiento de las obligaciones estipuladas en dicho contrato o concesión.

Artículo 9. Deudas públicas

El Estado es responsable cuando desconoce o da por anuladas sus deudas públicas, si la medida no se justifica por razones de interés público o si discrimina entre nacionales y extranjeros en perjuicio de los segundos.

105. Sería innecesario repetir aquí las consideraciones en que se funda la revisión del capítulo IV y el alcance que tienen las nuevas disposiciones, toda vez que ambas cosas aparecen en las secciones respectivas del cuarto informe (véase A/CN.4/119, especialmente las secciones 14, 15, 21 y 29). De todos modos podemos destacar en qué radican las modificaciones o adiciones fundamentales. En el artículo 7, en la distinción entre la expropiación del tipo común y corriente y las medidas de nacionalización, distinción que afecta especialmente a la cuantía de la compensación y a la forma y oportunidad en que ha de efectuarse el pago. Y en el artículo 8, la nueva disposición sobre los contratos o concesiones que se rigen por el derecho internacional o por principios jurídicos de carácter internacional.

b) *Efectos extraterritoriales de estas medidas*

106. Considerando que el anteproyecto únicamente tiene por objeto señalar las condiciones o circunstancias en que el Estado incurre en responsabilidad internacional por daños causados en su territorio a la persona o los bienes de los extranjeros, en rigor no cabe agregarle disposiciones sobre los efectos extraterritoriales de las medidas que afectan derechos adquiridos. Sin embargo, si la Comisión estimase oportuno o conveniente la inclusión de estas disposiciones en el proyecto que ella elabore, el Relator Especial sugiere que se tome como base de discusión el siguiente texto, que recoge las consideraciones y conclusiones fundamentales formuladas en la sección 38 del presente informe:

> « Las medidas que afectan derechos adquiridos tendrán efectos extraterritoriales y serán reconocidas o ejecutadas en cualquier Estado, salvo que se opongan a los principios del derecho internacional (público) que regulan el ejercicio del derecho del Estado a tomar medidas de esta clase. »

Los principios del derecho internacional (público) a que se refiere el texto que antecede serían los que se enuncian en el capítulo IV del anteproyecto.

c) *Sistemas de arreglo de controversias*

107. El examen que se ha hecho en este informe de los distintos sistemas aplicables al arreglo de las controversias sobre derechos adquiridos, nos ha llevado a la conclusión de que las ventajas, o en su caso los inconvenientes, de cada uno dependen primordialmente de las circunstancias en que se presente cada controversia. En este sentido no parece necesario introducir ninguna modificación o adición al capítulo VII del anteproyecto, que contempla todos los sistemas y señala cuál ha de seguirse en cada caso. Naturalmente, esto sin perjuicio de reiterar la opinión de que, dada la naturaleza de estas controversias, estimamos como el más apropiado el sistema de arreglo directo entre el Estado demandado y el extranjero, por todas las razones en que sería innecesario insistir de nuevo. Lo que tal vez sí convendría agregar al anteproyecto es una disposición que contemplase la situación peculiar que plantean los contratos o concesiones que prevén una jurisdicción internacional en lo referente al agotamiento de los recursos internos. Por los motivos que tampoco es necesario repetir, cabría intercalar un párrafo al artículo 19 del anteproyecto, según el cual,

> « *4 bis.* Cuando se trate de un convenio entre el Estado demandado y el extranjero no será necesario agotar los recursos internos, salvo que en él se exija expresamente este requisito como condición para entablar la reclamación ante el organismo internacional previsto en el convenio. »

Según indicamos oportunamente, no se trata de introducir una excepción al principio del agotamiento de los recursos internos, sino de ser consecuentes con el propósito esencial a que obedecen las cláusulas compromisorias de estos instrumentos; esto es, el de sustraer de la jurisdicción local las controversias sobre su interpretación, aplicación o ejecución.

DERECHO DE LOS TRATADOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/130

Quinto informe de Sir Gerald Fitzmaurice, Relator Especial

[Texto original en inglés]
[21 de marzo de 1960]

INDICE

	Párrafos	*Páginas*
INTRODUCCIÓN	1 - 9	71

I. Texto de los artículos

CAPÍTULO II. EFECTOS DE LOS TRATADOS

Parte II. Efectos de los tratados en relación con terceros Estados

División A. Definiciones y principios básicos

Artículo 1. Definición de tercer Estado 74
Artículo 2. El Estado como sujeto y como objeto de los tratados 74
Artículo 3. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* 74
Artículo 4. Excepciones aparentes o cuasi excepciones o limitaciones al principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* 75
Artículo 5. Principios en que se fundan los casos de tratados que pueden tener efectos *in detrimentum* o *in favorem tertiis*, o dar lugar a ellos. 75

División B. Derechos y obligaciones *inter se* de las partes en un tratado, como consecuencia de estipulaciones relativas a terceros Estados

Artículo 6. El caso de *pacta in detrimentum tertiis* 76
Artículo 7. El caso de *pacta in favorem tertiis* 76

División C. Situación de los terceros Estados en relación con el Tratado

Subdivisión I. Presunciones y métodos de clasificación

Artículo 8. Presunciones 76
Artículo 9. Métodos de clasificación. 76

Subdivisión II. Efectos de los tratados *in detrimentum* e *in favorem tertiis*

Sección 1. Efectos *in detrimentum tertiis*

Subsección i). Efectos o consecuencias activos o positivos *in detrimentum tertiis* (El tercer Estado puede tener obligaciones en virtud del tratado, u obligaciones análogas o paralelas a las contenidas en el tratado) 77

Rúbrica *a*). Efectos *in detrimentum* producidos por un acto de voluntad del tercer Estado

Subrúbrica *a*) 1. Efectos directamente producidos por el tercer Estado

Artículo 10. Situación de un tercer Estado signatario de un tratado (pero que todavía no es parte en el mismo), en relación con las cláusulas formales del tratado y, en particular, en lo que respecta a la participación de otros Estados que tienen la facultad de participar en el tratado en virtud del mismo . . . 78
Artículo 11. Caso de acuerdo expreso del tercer Estado con las partes en el tratado, con una o algunas de ellas, o con otro tercer Estado interesado . . 78
Artículo 12. Caso en que el tercer Estado asume obligaciones o responsabilidades, o acepta otros efectos *in detrimentum*, por medio de una declaración unilateral 78

Párrafos *Páginas*

Subrúbrica *a*) 2. Efectos *in detrimentum* indirectamente producidos por el tercer Estado como consecuencia automática de actos que son propios del ejercicio de unos derechos en virtud del tratado, o del uso de un territorio marítimo o terrestre cuyas condiciones se rigen por el tratado

Artículo 13. Regla aplicable en relación con todos los tratados 78

Artículo 14. Caso del uso de un territorio marítimo o terrestre sujeto a un tratado o régimen internacional. 78

Rúbrica *b*). Efectos *in detrimentum* producidos por aplicación de la norma de derecho

Subrúbrica *b*) 1. El tercer Estado es efectivamente, o llega a ser, parte en el tratado por aplicación de la norma de derecho

Artículo 15. Casos de sucesión, representación y protección de Estados 78

Subrúbrica *b*) 2. El tercer Estado queda sometido, por aplicación de la norma de derecho, a obligaciones análogas a las contenidas en el tratado y que operan como reglas consuetudinarias de derecho internacional

Artículo 16. Caso de obligaciones que adquieren vigencia en derecho internacional consuetudinario por medio de la aplicación de tratados-leyes o tratados normativos 79

Subsección ii). Efectos o consecuencias pasivos o negativos *in detrimentum tertiis* (Obligaciones que incumben al tercer Estado no en virtud del tratado sino en relación con éste)

Rúbrica *a*). Efectos *in detrimentum* que resultan de la aplicación del principio del respeto de los actos internacionales lícitos y válidos

Subrúbrica *a*) 1. En el caso de todos los tratados lícitos y válidos

Artículo 17. Deber general de todo Estado de respetar y de no impedir ni entorpecer la aplicación de los tratados lícitos y válidos concertados por otros Estados 79

Subrúbrica *a*) 2. En el caso de tratados que enuncian regímenes o arreglos internacionales, o que son de índole dispositiva

Artículo 18. Deber general de todo Estado de reconocer y respetar las situaciones de derecho o de hecho creadas en virtud de tratados lícitos y válidos. 79

Rúbrica *b*). Efectos incidentalmente desfavorables para un tercer Estado y que se producen automáticamente por la simple aplicación de un tratado

Artículo 19. Deber de los Estados de aceptar y tolerar los efectos incidentalmente desfavorables de tratados lícitos y válidos 79

Sección 2. Efectos *in favorem tertiis*

Subsección i). Efectos o consecuencias activos o positivos *in favorem tertiis* (El tercer Estado puede tener derechos en virtud del tratado o derechos análogos o paralelos a los contenidos en el tratado)

Rúbrica *a*). Efectos *in favorem* producidos por acto de las partes en el tratado exclusivamente, o por acto de un solo otorgante

Subrúbrica *a*) 1. Acto de las partes en el tratado

Artículo 20. La estipulación en provecho de tercero (Derechos o beneficios que el propio tratado expresamente confiere a un tercer Estado). 80

Artículo 21. Disposiciones de un tratado que hacen desaparecer o modifican alguna inhabilitación o prohibición a la que el tercer Estado se hallaba sujeto anteriormente 80

Subrúbrica *a*) 2. Acto de un solo Eztado

Artículo 22. Declaraciones unilaterales por las que se confieren derechos a otros Estados 80

Rúbrica *b*). Efectos *in favorem* producidos por la participación del propio tercer Estado

Subrúbrica *b*) 1. Efectos producidos directa y conjutamente por las partes y por el tercer Estado

Artículo 23. Ejercicio por el tercer Estado de la facultad de participar en el tratado 80

Artículo 24. Caso de un acuerdo por separado entre todas las partes en un tratado, o una o más de ellas, y un tercer Estado, que produce efectos *in favorem* para este último análogos a los del tratado 81

	Párrafos	Páginas
Subrúbrica *b*) 2. Efectos *in favorem* producidos indirectamente como consecuencia automática de la ejecución por el tercer Estado de obligaciones contraídas en virtud de disposiciones del tratado o de conformidad con ellas, con el consentimiento expreso o tácito de las partes		
Artículo 25. Regla aplicable en el caso de todos los tratados		81
Artículo 26. Caso del uso de un territorio marítimo o terrestre sujeto a un tratado o régimen internacional		81
Rúbrica *c*). Efectos *in favorem* producidos por la aplicación de la norma de derecho		
Subrúbrica *c*) 1. Efectos debidos a que el tercer Estado es efectivamente parte en el tratado, o llega a serlo, por aplicación de la norma de derecho		
Artículo 27. Casos de sucesión, representación y protección de Estados . . .		81
Subrúbrica *c*) 2. Efectos *in favorem* que son consecuencia de la sujeción por aplicación de la norma de derecho a obligaciones análogas a las contenidas en el tratado y que operan como reglas consuetudinarias de derecho internacional		
Artículo 28. Caso de derechos que adquieren vigencia en derecho internacional consuetudinario por medio de la aplicación de tratados-leyes o tratados normativos		81
Subsección ii). Efectos o consecuencias indirectos o incidentales *in favorem tertiis* (Efectos no en virtud del tratado sino en relación con éste)		
Artículo 29. Efectos *in favorem* que resultan de la aplicación del principio del respeto de los actos internacionales lícitos y válidos		82
Artículo 30. Efectos incidentalmente favorables a un tercer Estado que se producen automáticamente por la simple aplicación de un tratado		82

II. Comentario a los artículos

Capítulo II. Efectos de los tratados

Parte II. Efectos de los tratados en relación con terceros Estados

División A. Definiciones y principios básicos	1 – 23	82
Artículo 1. Definición de tercer Estado	1 – 6	82
Artículo 2. El Estado como sujeto y como objeto de los tratados	7 – 9	83
Artículo 3. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*	10 – 16	83
Artículo 4. Excepciones aparentes o cuasi excepciones o limitaciones al principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*	17 – 19	85
Artículo 5. Principios en que se fundan los casos de tratados que pueden tener efectos *in detrimentum* o *in favorem tertiis* o dar lugar a ellos	20 – 23	86
División B. Derechos y obligaciones *inter se* de las partes en un tratado como consecuencia de estipulaciones relativas a terceros Estados	24 – 30	87
Artículos 6 y 7. Casos de pactos *in detrimentum* e *in favorem tertiis*, respectivamente	24 – 30	87
División C. Situación de los terceros Estados en relación con el tratado	31 – 112	88
Subdivisión I. Presunciones y métodos de clasificación	31 – 38	88
Artículo 8. Presunciones	31 – 35	88
Artículo 9. Métodos de clasificación	36 – 38	88
Subdivisión II. Efectos de los tratados *in detrimentum* e *in favorem tertiis*	39 – 112	89
Sección 1. Efectos *in detrimentum tertiis*	39 – 81	89
Subsección i). Efectos o consecuencias activos o positivos *in detrimentum tertiis* (El tercer Estado puede tener obligaciones en virtud del tratado, u obligaciones análogas o paralelas a las contenidas en el tratado)	39 – 62	89
Rúbrica *a*). Efectos *in detrimentum* producidos por un acto de voluntad del tercer Estado	39 – 54	89
Subrúbrica *a*) 1. Efectos directamente producidos por el tercer Estado	39 – 47	89
Artículo 10. Situación de un tercer Estado signatario de un tratado (pero que todavía no es parte en el mismo), en relación con las cláusulas formales del tratado y, en particular, en lo que respecta a la participación de otros Estados que tienen la facultad de participar en el tratado en virtud del mismo	40 – 41	89
Artículo 11. Caso de acuerdo expreso del tercer Estado con las partes en el tratado, o con una o alguna de ellas, o con otro tercer Estado interesado . .	42 – 44	89

	Párrafos	*Páginas*
Artículo 12. Caso en que el tercer Estado asume obligaciones o responsabilidades, o acepta otros efectos *in detrimentum*, por medio de una declaración unilateral	45 – 47	90
Subrúbrica *a*) 2. Efectos *in detrimentum* indirectamente producidos por el tercer Estado como consecuencia automática de actos que son propios del ejercicio de unos derechos en virtud del tratado, o del uso de un territorio marítimo o terrestre cuyas condiciones se rigen por el tratado	48 – 54	90
Artículo 13. Regla aplicable en relación con todos los tratados	48 – 49	90
Artículo 14. Caso del uso de un territorio marítimo o terrestre sujeto a un tratado o régimen internacional	50 – 54	91
Rúbrica *b*). Efectos *in detrimentum* producidos por aplicación de la norma de derecho	54A – 62	93
Subrúbrica *b*) 1. El tercer Estado es efectivamente o llega a ser parte en el tratado por aplicación de la norma de derecho	54A – 57	93
Artículo 15. Casos de sucesión, representación y protección de Estados	54A – 57	93
Subrúbrica *b*) 2. Por aplicación de la norma de derecho el tercer Estado queda sometido a obligaciones análogas a las que figuran en el tratado y que se aplican como normas consuetudinarias de derecho internacional	58 – 62	94
Artículo 16. Caso de obligaciones que adquieren vigencia en derecho internacional consuetudinario por medio de la aplicación de tratados-leyes o tratados normativos	58 – 62	94
Subsección ii). Efectos o consecuencias pasivos o negativos *in detrimentum tertiis* (Obligaciones que incumben al tercer Estado, no en virtud del tratado sino en relación con éste)	63 – 81	95
Rúbrica *a*). Efectos *in detrimentum* que resultan de la aplicación del principio del respeto a los actos internacionales lícitos y válidos	63 – 78	95
Subrúbrica *a*) 1. En el caso de todos los tratados lícitos y válidos	63 – 67	95
Artículo 17. Deber general de todo Estado de respetar y de no impedir ni entorpecer la aplicación de los tratados lícitos y válidos concertados por otros Estados	63 – 67	95
Subrúbrica *a*) 2. En el caso de tratados que enuncian regímenes o arreglos internacionales, o que son de índole dispositiva	68 – 78	96
Artículo 18. Deber general de todo Estado de reconocer y respetar las situaciones de derecho o de hecho creadas en virtud de tratados lícitos y válidos	68 – 78	96
Rúbrica *b*). Efectos incidentalmente desfavorables para un tercer Estado y que se producen automáticamente por la simple aplicación de un tratado	79 – 81	99
Artículo 19. Deber de los Estados de aceptar y tolerar los efectos incidentalmente desfavorables de tratados lícitos y válidos	79 – 81	99
Sección 2. Efectos *in favorem tertiis*	82 – 112	101
Subsección i). Efectos o consecuencias activos o positivos *in favorem tertiis* (El tercer Estado puede tener derechos en virtud del tratado, o derechos análogos o paralelos a los contenidos en el tratado)	82 – 107	101
Rúbrica *a*). Efectos *in favorem* producidos por acto de las partes en el tratado exclusivamente, o por acto de un solo otorgante	82 – 93	101
Subrúbrica *a*) 1. Acto de las partes en el tratado	82 – 91	101
Artículo 20. La estipulación en provecho de tercero (Derechos o beneficios que el propio tratado expresamente confiere a un tercer Estado)	82 – 90	101
Artículo 21. Disposiciones de un tratado que hacen desaparecer o modifican alguna inhabilitación o prohibición a la que el tercer Estado se hallaba sujeto anteriormente	91	103
Subrúbrica *a*) 2. Acto de un solo Estado	92 – 93	104
Artículo 22. Declaraciones unilaterales por las que se confieren derechos a otros Estados	92 – 93	104
Rúbrica *b*). Efectos *in favorem* producidos con la participación del propio tercer Estado	94 – 105	104
Subrúbrica *b*) 1. Efectos producidos directa y conjuntamente por las partes y por el tercer Estado	94 – 101	104
Artículo 23. Ejercicio por el tercer Estado de la facultad de participar en el tratado	94 – 96	104
Artículo 24. Caso de un acuerdo por separado entre todas las partes en un tratado, o una o más de ellas, y un tercer Estado, que produce efectos *in favorem* de este último análogos o los del tratado	97 – 101	104

	Párrafos	Páginas
Subrúbrica *b*) 2. Efectos *in favorem* producidos indirectamente como consecuencia automática de la ejecución por el tercer Estado de obligaciones contraídas en virtud de disposiciones del tratado, o de conformidad con ellas, con el consentimiento expreso o tácito de las partes	102 - 105	105
Artículo 25. Regla aplicable en el caso de todos los tratados	102 - 103	105
Artículo 26. Caso del uso de un territorio marítimo o terrestre sujeto a un tratado o régimen internacional	104 - 105	105
Rúbrica *c*). Efectos *in favorem* producidos por aplicación de la norma de derecho	106 - 107	105
Subrúbrica *c*) 1. Efectos debidos a que el tercer Estado es efectivamente parte en el tratado, o llega a serlo, por aplicación de la norma de derecho	106	105
Artículo 27. Casos de sucesión, representación y protección de Estados	106	105
Subrúbrica *c*) 2. Efectos *in favorem* que son consecuencia de la sujeción por aplicación de la norma de derecho a obligaciones análogas a las contenidas en el tratado y que operan como reglas consuetudinarias de derecho internacional	107	105
Artículo 28. Casos de derechos que adquieren vigencia en derecho internacional consuetudinario por medio de la aplicación de tratados-leyes o tratados normativos	107	105
Subsección ii). Efectos o consecuencias indirectos o incidentales *in favorem tertiis* (Efectos no en virtud del tratado sino en relación con éste)	108 - 112	105
Artículo 29. Efectos *in favorem* que resultan de la aplicación del principio del respeto de los actos internacionales lícitos y válidos	108 - 111	105
Artículo 30. Efectos incidentalmente favorables a un tercer Estado que se producen automáticamente por la simple aplicación de un tratado	112	106

Introducción

1. En su cuarto informe (A/CN.4/120, del 17 de marzo de 1959)[1], el Relator Especial presentó la parte I del capítulo II de un código sobre derecho de los tratados. Por haberse estudiado en el capítulo I del código la validez formal, temporal y esencial de los tratados, bajo los epígrafes respectivos de conclusión, extinción y validez esencial de los tratados[2], el capítulo II había de referirse a los efectos de los tratados, mientras que un tercer capítulo, posterior, versaría sobre la interpretación de los tratados; la distinción entre los temas de los efectos y la interpretación de los tratados se estudia en los párrafos 2 y 3 de la Introducción al cuarto informe precitado. En el párrafo 4 de la misma Introducción se indica que el tema de los efectos se divide en dos partes: los efectos entre las partes *inter se* (que normalmente constituyen el tema de la aplicación, ejecución, y medios de imponer el cumplimiento de los tratados), y los efectos en terceros Estados o en relación con ellos. Del primero de estos temas se trata en la parte I del capítulo II que aparece en nuestro cuarto informe; el segundo se estudia en el presente informe (quinto), y constituye la parte II de ese capítulo II.

2. El tema de los efectos de los tratados en relación con terceros Estados ofrece al codificador las dificultades usuales; pero en este caso particular, no se trata de que el tema sea intrínsecamente difícil, sino de que, como materia teórica y doctrinal, se halla en un estado poco satisfactorio. La literatura al respecto es sumamente escasa, y en ella se ha hecho poco por sistematizar el tema[3]. La obra de Sir Ronald Roxburgh, *International Conventions and Third States*[4], sigue siendo, después de cerca de 45 años, casi la única monografía extensa dedicada exclusivamente al tema; y, aunque reúne mucho material útil dentro de los límites de un volumen, hoy, como es lógico, es un tanto anticuada. No ha aparecido ninguna edición posterior[5].

3. El problema central que plantea este tema estriba en que, en cierto sentido, no hay en la materia sino un solo principio absolutamente firme e inequívoco: el que se enuncia con la máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Así, para el Estado A, un tratado concluido entre los Estados B y C, es *res inter alios acta*, con arreglo al cual o en virtud del cual (si se considera el tratado en sí y de por sí), el Estado A no puede tener derechos ni obligaciones. Pero son pocos los autores que dejan la cuestión en este punto. Todos, o la mayoría de ellos[6] admiten en mayor o menor grado que en la práctica hay, si no excepciones en sentido estricto, por lo menos limitaciones; y que aun cuando, bien mirado, la vulnera-

[1] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1959, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 59.V.1), pág. 40.

[2] Estos puntos están tratados en el primero, segundo y tercer informes del Relator Especial. El primer informe figura en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 56.V.3.), pág. 103 y sigtes; el segundo informe, en *ibid.*, 1957, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 57.V.5), págs. 17 y sigtes; y el tercer informe, en *ibid.*, 1958, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 58.V.I.) págs. 21 y sigtes.

[3] Rousseau, sin embargo, como de ordinario, es una excepción: véase Charles Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, París, Ediciones A. Pedone, 1944, Vol. 1, págs. 452 a 484.

[4] Londres, Longmans, Green & Co., 1917.

[5] Si Sir Ronald Roxburgh, que desde 1946 es Magistrado de la *High Court* (Londres), escribiese hoy, podría pronunciarse sobre una serie de puntos más categóricamente que en 1917.

[6] Georg Schwarzenberger parece ser uno de los pocos escritores modernos que llegan hasta negar casi por completo que pueda hacerse glosa alguna a la regla estricta del *pacta tertiis*: véase *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*: I, vol. 1, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, págs. 458 y sigtes.

ción que éstas suponen a la integridad del principio estricto del *pacta tertiis* es más aparente que real, la verdad es que en una serie de casos los tratados tienen ciertamente efectos sobre terceros Estados, para ellos o en relación con ellos, que, no obstante ser a menudo de carácter predominantemente incidental o derivado, dan ocasión a que entren en juego elementos jurídicos. Ello no es de extrañar. El hecho de que un tercer Estado no tenga obligaciones en virtud de un determinado tratado ni esté obligado a cumplir sus disposiciones o a atenerse a ellas, no significa que no tenga obligación ninguna *en relación con* el tratado, ni que el tratado carezca de todo efecto jurídico con respecto al tercero. El examen del tema revela bien pronto que ninguna de esas conclusiones es válida. Cabe admitir que, salvo quizás en uno o dos aspectos, no hay una verdadera excepción a la regla del *pacta tertiis* como tal; esto es, que las supuestas excepciones pueden explicarse en la mayoría de los casos con algún fundamento jurídico que no suponga sentar el postulado de que el tercer Estado adquiere o llega a adquirir directamente obligaciones y derechos en virtud del tratado propiamente dicho. En todo caso, estas limitaciones o cuasi excepciones, aunque se expliquen de ese modo, constituyen en su conjunto una glosa importante a la regla *pacta tertiis*; y concretarse simplemente a esta regla, aunque en cierto modo sea en realidad absoluta, no daría idea exacta de la situación de los terceros Estados en relación con los tratados en que no son partes. En suma, de distintos modos, los tratados tienen efectos jurídicos sobre terceros Estados, para terceros Estados o en relación con terceros Estados, aun cuando entre esos efectos no figure el de crear directamente obligaciones o derechos para el tercero en virtud del tratado propiamente dicho, y aun cuando esto último siga siendo en principio uno de los efectos que el tratado no puede tener con respecto a un tercer Estado.

4. El problema siguiente es hallar un principio de derecho unificador que permita explicar estas cuasi excepciones o limitaciones. Posiblemente esto no pueda lograrse porque intervienen una serie de principios jurídicos diversos. Pero esto no justifica que la materia se trate, como se hace con harta frecuencia, en una forma completamente fragmentaria y casuística, citando determinados casos o tipos de casos (generalmente basados, hay que reconocerlo, en una orientación bastante firme de la práctica internacional) pero con poco o ningún esfuerzo por descubrir o señalar el principio en que se funda la aparente desviación. Así, para dar un ejemplo, se sostiene a menudo que los tratados sobre cursos de agua internacionales son una excepción a la regla de que los tratados no pueden crear derechos ni obligaciones para terceros. De ser así, habrá o deberá haber algún principio fundamental que sirva de base para la excepción, si en rigor la hay, constituida por esta categoría de casos. El autor de este informe ha discernido — o cree haber discernido — tres o cuatro principios capitales en cuya virtud los tratados pueden tener y tienen efectos para terceros Estados, o éstos pueden tener derechos u obligaciones en relación con el tratado (aunque no en virtud de él), y ello sin infringir el principio del *pacta tertiis*. Hay los principios de consentimiento activo (por ejemplo, cuando un Estado, sin llegar a ser parte en el tratado mismo, acepta por acto separado observar tal tratado) y del consentimiento presunto (por ejemplo, cuando las reglas enunciadas en un tratado adquieren general aceptación como reglas de derecho de carácter consuetudinario respecto de las cuales es de presumir el consentimiento de todos los Estados), que dan lugar a derechos u obligaciones, si no en virtud del tratado, con motivo de éste (o que dan lugar a derechos u obligaciones similares o paralelas a los contenidos en el tratado). Otro principio que tiene un efecto similar en cuanto a la aplicación de las disposiciones del tratado a tercero Estados, o a la aplicación de esas disposiciones por éstos, es el de la correlación automática de derechos y obligaciones. El ejercicio de derechos emanados de un tratado entraña la ejecución de obligaciones correlativas. El cumplimiento de obligaciones probablemente confiere un título para ejercer los derechos correlativos. El hacer uso del territorio de otro Estado, cuando las condiciones de tal uso están regidas por las disposiciones de un tratado, entraña la conformidad con las condiciones del uso, etc. Hay, además, el principio del respeto por los actos internacionales lícitos, válidos o legítimos, que da lugar a derechos y obligaciones en relación con el tratado. Los terceros Estados no deben estorbar la debida ejecución de tratados lícitos. Si una región es desmilitarizada por un tratado, los Estados que no son partes deben, en general, respetar ese hecho. Si un territorio es traspasado por un tratado, los terceros que no tengan un título válido sobre ese territorio deben reconocer y aceptar el traspaso. Del mismo modo, un tercer Estado carece de títulos para reclamar simplemente porque un tratado tenga resultados desfavorables para él, siempre que el tratado sea lícito y no infrinja ningún derecho del tercero.

5. Creemos que todos los casos concretos citados en los manuales pueden explicarse a base de uno u otro de estos principios, o de algún otro principio. Sin embargo, rara vez se ha intentado agruparlos sistemáticamente a base de principios identificables. Con esto el Relator Especial no quiere dar a entender, ni mucho menos, que haya resuelto todos los problemas que pueden suscitarse en la materia. Sabe muy bien, en efecto, que evidentemente, no lo ha logrado; porque no es fácil dar una forma perfectamente definida y satisfactoria a esta materia amorfa y un tanto proteica. Abrigamos la esperanza de que más adelante, en otro informe, podamos tratar el tema mucho mejor que ahora. Nos hemos esforzado, sin embargo, por introducir algún orden en él, y tratar la materia tan cabal y sistemáticamente como puede hacerse en un examen inicial de ella (que es todo cuanto este informe pretende hacer). Lo esencial del problema de los tratados y los terceros Estados parece consistir en tres o cuatro cuestiones principales, como por ejemplo, cuándo y en qué medida un tratado obliga a un tercer Estado, obligaciones pasivas de terceros Estados en relación con los tratados; los tratados como fuente de la costumbre internacional; cuándo y en qué medida los terceros beneficiarios pueden pretender no sólo ejercer sus « derechos », sino seguir ejerciéndolos indefinidamente mientras no den su consentimiento para su extinción o modificación; y otras cuestiones análogas. Hemos tratado de dilucidar éstas y otras cuestiones afines.

6. También existen, desde luego, las acostumbradas dificultades de sistematización que parecen ser inherentes al tema del derecho de los tratados, y de las cuales no está en modo alguno exenta esta rama. Cabría adoptar métodos de sistematización diferentes de los que aquí se adoptan, y algunos de ellos serían más elegantes en

ciertos aspectos. En el artículo 9 del texto se sugieren varios métodos de clasificación y más adelante se presentará una serie de artículos a título de variante de los contenidos en la subdivisión II de la División C del texto. Sin embargo, a riesgo de incurrir en ciertas repeticiones y redundancias, hemos juzgado preferible, por el momento, atenernos en lo esencial a las subdivisiones tradicionales del tema. Después de la primera sección que trata de las definiciones y de los principios básicos, siguen dos secciones principales que tratan respectivamente de los « derechos y obligaciones *inter se* de las partes en un tratado, como consecuencia de estipulaciones relativas a terceros Estados » y « situación de los terceros Estados en relación con el tratado ». Esta distinción no siempre se señala claramente y a veces no se la señala en absoluto, esto es, solamente se estudia la materia objeto del segundo epígrafe. Y sin embargo, existen estos dos aspectos distintos del tema: lo que las partes, en virtud del tratado se deben mutuamente en relación con el tercer Estado, y lo que en su caso deben al tercer Estado o pueden exigir de éste, y, en general, cuál es la situación de ese Estado en relación con el tratado. Estas dos secciones tratan en artículos separados o series de artículos separadas los dos casos de « obligaciones » y « derechos » [7], y, por tanto, se subdividen en los epígrafes acostumbrados, para los cuales, por razones de comodidad, se han utilizado en este proyecto los términos de « *pacta* » (o, en su caso, « efectos »), « *in detrimentum tertiis* », y « *pacta* » (o, en su caso, « efectos ») « *in favorem tertiis* ». Una de las dificultades con que se tropieza al tratar del tema, es que es demasiado simple hablar meramente, por ejemplo, de que los tratados imponen, o más bien pretenden imponer, obligaciones a terceros Estados. Sin intentar nada tan positivo, un tratado puede ir encaminado a crear una obligación para un tercer Estado, o puede colocar al tercer Estado en una situación de no poder hacer tal o cual cosa, privarle de derechos, o lesionar o disponer de sus derechos, o puede suceder simplemente que la aplicación del tratado redunde en detrimento o desventaja del tercer Estado, o resulte incidentalmente desfavorable para el mismo. Evidentemente, hay gradaciones. Del mismo modo, un tratado puede tener por objeto conferir verdaderos derechos a un tercer Estado; pero, sin llegar a esto, puede simplemente crear una facultad o facilidad para ese Estado o (lo cual tiene cierta importancia) eliminar una inhabilitación o impedimento; o bien, conferirle un interés, beneficio o ventaja; o simplemente aplicarse en una forma incidentalmente favorable al tercer Estado. Aunque, a los efectos de los epígrafes de las secciones, sea cómodo resumir todas estas posibilidades bajo la noción de efectos « *in detrimentum tertiis* » y « *in favorem tertiis* », en el aspecto substancial no procede tratarlas todas de la misma manera, y algunas de ellas tienen que ser tratadas separadamente en artículos independientes.

7. Como en informes anteriores [8], el Relator Especial ha procurado que el texto de los artículos sea lo más completo posible y se explique por sí sólo, en lugar de explayarse en el comentario. Cuando la Comisión formule un texto definitivo, mucho de lo que figura en los artículos podrá pasar a los comentarios.

8. Para terminar, el Relator Especial se remite a lo dicho en los párrafos 10 y 11 de la introducción de su cuarto informe [9], y lo ratifica y (atendiendo a lo que se dijo entonces y a la circunstancia de que éste y otros informes de relatores especiales, habiendo sido publicados, ya no están en realidad confinados a la Comisión, sino que han llegado a un público mucho más numeroso) desea agregar la advertencia siguiente: los informes como el presente no pueden ni pretenden ser tratados de la materia a que se refieren, ni reemplazar los manuales ordinarios y demás textos. Menos aún pueden ofrecer normalmente — como no sea de un modo tal vez accidental — algo que tenga en gran parte el carácter de investigación original. La extensión que para ello habría que dar a los informes reduciría considerablemente su valor para los propósitos prácticos de la Comisión, que, depués de todo, es el organismo principalmente interesado en usarlos. Además, no es necesario dar ese carácter a los informes, pues la Comisión posee ya la información básica que necesita para sus trabajos. Por estas razones, el informe del Relator Especial debe limitarse en la práctica a tratar con cierta amplitud, y con bastante acopio de citas de las autoridades en que se funde (pero sin agotar en modo alguno la materia), aquellos puntos que puedan ser de particular dificultad u oscuridad, o que sean de carácter decisivo; y, por lo demás, puede ser que el informe sea un tanto dogmático o somero. En informes destinados a los fines a que éste responde, razonar todas las afirmaciones que se formulen y citar autoridades en su apoyo sería engorroso, recargado y superfluo.

9. La verdadera esencia de la labor del Relator Especial está en los artículos que presenta; y lo que de él cabe esperar razonablemente es que haya analizado y estudiado su materia con la amplitud necesaria para presentarla en una serie de artículos completa, ordenada y coherente; pues el verdadero trabajo de codificación está en combinar todos los aspectos diferentes de un tema, distribuirlos en una forma ordenada y lógica y formular y reducir a un texto escrito las reglas y principios diversos que se refieren a la materia.

I. TEXTO DE LOS ARTICULOS

[NOTAS: 1.

En el presente informe (quinto) se continúa el capítulo II de un proyecto de código sobre el derecho de los tratados, en cuyo capítulo I (primero a tercer informes inclusive, 1956-1958) se trata el tema de la validez formal, temporal y substancial de los tratados, bajo los epígrafes de conclusión, extensión y validez esencial de los tratados.

2. El presente capítulo (II) se refiere a los efectos de los tratados y se divide en dos partes, de las cuales la primera (efectos de los tratados entre las partes: aplicación, ejecución y medios de imponer su cumplimiento) constituyó el objeto del cuarto informe (1959).

3. El presente informe (quinto) contiene la parte II de este segundo capítulo y examina el tema de los efectos de los tratados en relación con terceros Estados.

[7] Esta separación rígida es tradicional, y tal vez ayude a la comprensión, pero no es en modo alguno esencial. En la serie de artículos que a título de variante se presentará más adelante sobre la materia objeto de la subdivisión II de la División C, se tratarán juntos, cuando sea posible, los efectos « *in favorem* » y los efectos « *in detrimentum* ».

[8] Véase referencia en nota 1, *supra*.

[9] *Idem*.

4. *Disposición de materias*

La presente parte II comprende dos divisiones principales:

División A. Definiciones y principios básicos.

División B. Derechos y obligaciones *inter se* de las partes en un tratado como consecuencia de estipulaciones relativas a terceros Estados.

División C. Situación de los terceros Estados en relación con el tratado.

El contenido de las divisiones A y B se desprende claramente del índice del presente informe.

La división C comprende dos subdivisiones principales:

Subdivisión I. Presunciones y métodos de clasificación (para el contenido en detalle véase el índice)

Subdivisión II. Efectos de los tratados *in detrimentum* e *in favorem tertiis.*

La subdivisión II se divide a su vez en dos secciones:

Sección 1. Efectos *in detrimentum tertiis.*

Sección 2. Efectos *in favorem tertiis.*

Cada una de estas secciones tiene dos subsecciones, que tratan respectivamente de:

Subsección i: Efectos o consecuencias activos o positivos *in detrimentum* e *in favorem tertiis.*

Subsección ii: Efectos y consecuencias pasivos o negativos *in detrimentum tertiis*; y efectos y consecuencias indirectos e incidentales *in favorem tertiis.*

Cada una de las dos subsecciones de las dos secciones se subdivide a su vez en cierto número de rúbricas y epígrafes, cuyo carácter se desprende claramente del índice del presente informe.]

Capítulo II. Efectos de los tratados

Parte II. Efectos de los tratados en relación con terceros Estados

DIVISION A.
DEFINICIONES Y PRINCIPIOS BASICOS

Artículo 1. Definición de tercer Estado

1). A los efectos de los presentes artículos, el término « tercer Estado » en relación con un tratado, denota todo Estado que no sea realmente parte en el tratado, prescindiendo de la circunstancia de que ese Estado pueda o no llegar a ser parte por firma, ratificación, adhesión o por otros medios, siempre que esa facultad, cuando exista, todavía no se haya ejercido.

2. Por tanto, el término « tercer Estado » comprende:

a) Los Estados que, sin ser todavía partes en el tratado, tienen derecho a serlo en virtud de sus estipulaciones; por ejemplo, los signatarios de un tratado (que requiera ratificación) antes de haberlo ratificado, y los Estados no signatarios que tienen la facultad de adherirse a él;

b) Los Estados que, no estando facultados por las estipulaciones del tratado para llegar a ser partes en él, sólo pueden llegar a serlo si son expresamente invitados a ello por todas las partes en el tratado y por cualquier otro Estado con derecho a participar en la invitación que a tal efecto se haga.

3. En otras palabras, puede decirse que el término « tercer Estado » comprende:

a) Los Estados que, siendo o no signatarios originales, han participado en la elaboración y conclusión del tratado pero aún no han llegado a ser partes en él;

b) Los Estados que no han participado en la forma indicada, tengan o no derecho a llegar a ser partes en el tratado conforme a las estipulaciones del mismo.

4. Puede decirse igualmente que el término « tercer Estado » comprende:

a) Los Estados que, sin ser partes en el tratado, no son ajenos a él, por haber participado en su elaboración y conclusión o que, sin haber tenido esta participación, tienen derecho en virtud de sus estipulaciones a llegar a ser partes de él;

b) Los Estados totalmente ajenos al tratado, por no haber participado en su elaboración y conclusión, ni tener derecho conforme a sus estipulaciones a llegar a ser partes de él.

5. Salvo lo previsto en el párrafo 1 del artículo 10 y el párrafo 1 del artículo 23 del presente texto, no va a hacerse entre las distintas categorías de terceros Estados ninguna distinción jurídica, distinción que en ningún caso afecta su situación en relación con los derechos y obligaciones substantivos resultantes del tratado.

Artículo 2. El Estado como sujeto y como objeto de los tratados

1. En principio, la aplicación de un tratado está circunscrita a las partes en él y a las relaciones de dichas partes *inter se.*

2. Sin embargo, el hecho de que un Estado no sea parte en un tratado (es decir, sujeto del mismo) no impide que sea objeto de él.

3. Cuando un Estado es objeto de un tratado, la situación de las partes en sus relaciones *inter se* en lo que a ese Estado se refiere se rige por las disposiciones de la División B del presente texto; y su situación en relación con el tercer Estado, y la situación del propio tercer Estado en relación con el tratado se rige por las disposiciones de la División C.

Artículo 3. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*

1. En virtud de los principios « pacta tertiis nec nocent nec prosunt » y « res inter alios acta », así como en virtud del principio de la igualdad jurídica de todos los Estados soberanos e independientes — pero con sujeción a las disposiciones del artículo 4 del presente texto — un Estado no puede, respecto a un tratado en que no es parte:

a) Contraer obligaciones o gozar de derechos en virtud del tratado;

b) Contraer responsabilidades o sufrir inhabilitaciones o perjuicios, o menoscabo o privación de derechos, ni tener título a reivindicar de pleno derecho ninguna facultad, interés, beneficio ni ventaja en virtud de dicho tratado.

2. Las disposiciones del párrafo 1 se entienden sin perjuicio de los derechos y obligaciones que las partes en el tratado pueden, en virtud del mismo, poseer *inter*

se en relación con el tercer Estado, conforme más adelante se indica en la División B.

ARTÍCULO 4. EXCEPCIONES APARENTES O CUASI EXCEPCIONES O LIMITACIONES AL PRINCIPIO *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*

1. No obstante los principios a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 3 del presente texto, que de por sí son absolutos y no están sujetos a ninguna excepción real, los terceros Estados pueden ser o llegar a ser afectados de diversas maneras por tratados en los que no son partes. Estas excepciones aparentes o cuasi excepciones o limitaciones se enuncian en la División C del presente texto.

2. Las cuasi excepciones o limitaciones a que se refiere el párrafo 1 pueden tener efectos *in detrimentum tertiis* o *in favorem tertiis*. Estas expresiones han de entenderse en la forma siguiente:

i) Por « efectos in *detrimentum tertiis* » se entenderá en el presente texto cualquier efecto (o la totalidad de los efectos) que pueda redundar en detrimento o desventaja del tercer Estado. Estos efectos pueden abarcar desde el deber de ejecutar obligaciones activas hasta la simple tolerancia pasiva de consecuencias incidentalmente desfavorables; y entre estos dos extremos pueden figurar responsabilidades o inhabilitaciones; la pérdida, mengua o menoscabo de derechos, o, en su caso, de ventajas, beneficios o intereses; la aparición de desventajas, impedimentos u otras circunstancias incidentalmente desfavorables; el reconocimiento y aceptación de actos internacionales válidos, inclusive los derechos lícitamente adquiridos por otros Estados y la validez objetiva de cualquier estatuto, régimen o arreglo internacional jurídicamente efectivos *erga omnes*; y la obligación pasiva de no impedir ni entorpecer la debida ejecución de un tratado lícitamente concluido entre otros Estados.

ii) Igualmente, por « efectos in *favorem tertiis* » se entenderá en el presente texto cualquier efecto (o la totalidad de los efectos) que pueda redundar en beneficio o ventaja del tercer Estado. Estos efectos pueden abarcar desde la adquisición de derechos positivos y activos en virtud del tratado hasta el goce de consecuencias beneficiosas puramente incidentales resultantes del tratado; y entre estos dos extremos pueden figurar la adquisición y goce de facultades o facilidades; la eliminación de inhabilitaciones, desventajas o impedimentos; el goce de nuevos beneficios o ventajas o el acrecentamiento de los ya existentes, o acrecencias de derechos; el reconocimiento por las partes en el tratado de los derechos o estatuto lícitamente adquiridos por el tercer Estado; y la ejecución por dichas partes, en beneficio consiguiente del tercer Estado, de sus obligaciones en virtud de un régimen o arreglo internacional o de cualquier otro tratado que incidentalmente beneficie o favorezca al tercer Estado.

3. En los artículos contenidos en la División C del presente texto se determina la medida en que una situación *in detrimentum* o (en su caso) *in favorem* del tercer Estado puede entrañar, por una parte, la ejecución activa de obligaciones o la sujeción a las consiguientes responsabilidades o inhabilitaciones, o, por otra parte, la adquisición de derechos o facultades positivos, por contraste, respectivamente, con la simple aceptación de las desventajas incidentales, o el disfrute de los beneficios meramente ocasionales o incidentales resultantes de la existencia del tratado y de su ejecución por las partes.

ARTÍCULO 5. PRINCIPIOS EN QUE SE FUNDAN LOS CASOS DE TRATADOS QUE PUEDEN TENER EFECTOS *in detrimentum* O *in favorem tertiis*, O DAR LUGAR A ELLOS

1. Las cuasi excepciones o limitaciones al principio general *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, que se han descrito en el artículo 4 del presente texto, tienen su base u origen en la aplicación de los siguientes principios de derecho internacional:

A) *Principios que originan para el tercer Estado derechos u obligaciones análogos o paralelos a los contenidos en el tratado*

i) *El principio del consentimiento dado activamente y ad hoc*, consentimiento que tiene por resultado, o bien la aceptación por el tercer Estado de una situación *in detrimentum* de sí mismo (ya sea por acuerdo entre ese Estado y una o más de las partes en el tratado, por acuerdo con otro tercer Estado, o por medio de una declaración unilateral, pero jurídicamente obligatoria, hecha por el tercer Estado); o bien la creación de una situación *in favorem* del tercer Estado [ya sea por acuerdo expreso a tal efecto de las partes *inter se*, o por acuerdo entre ellas (o una o algunas de ellas, si no es incompatible con el tratado) y el tercer Estado, o por una declaración unilateral, pero jurídicamente obligatoria en virtud de la cual un Estado asume obligaciones *in favorem tertiis*];

ii) *El principio del consentimiento presunto*, en aquellos casos en que, por aplicación de la norma de derecho, el tercer Estado llega (o así se considera) a ser parte en el tratado o a estar obligado por sus estipulaciones o por reglas o principios análogos a los que contiene; y, correlativamente, a gozar de los derechos correspondientes al cumplimiento de las obligaciones de que se trata;

iii) *El principio de la correlación automática*, en virtud del cual;

a) El uso legítimo del territorio de otro Estado para un fin concreto entraña la observancia de las condiciones de dicho uso y, recíprocamente, la observancia de esas condiciones, o la voluntad de observarlas, entraña un derecho correlativo de uso en la forma prevista por el tratado;

b) El ejercicio de derechos o facultades, o el disfrute de beneficios o ventajas, da origen a un deber de ejecutar las obligaciones correlativas, o de someterse a las correspondientes desventajas o inhabilitaciones correlativas; y análogamente, la ejecución de obligaciones, o la observancia de las condiciones del tratado, puede dar origen a un título al ejercicio de los derechos o al goce de los beneficios previstos en le mismo.

B) *Principios que originan para el tercer Estado derechos u obligaciones en relación con el tratado*

iv) *El principio del respeto de los actos internacionales lícitos y válidos* — tales como tratados lícitamente concluidos y que no infrinjan derechos de otros Estados —, de los derechos lícitamente adquiridos o de los estatutos, regímenes, arreglos o situaciones de hecho o de derecho lícitamente creados por tratado; en cuya virtud los terceros Estados están llamados a reconocer y respetar los estatutos, regímenes, arreglos o situaciones de hecho o de derecho internacionales, válidamente establecidos

por tratado; a no impedir ni entorpecer la debida ejecución de un tratado lícito por las partes en el mismo; y (a base del *damnum sine injuria*) a aceptar cualesquiera consecuencias incidentalmente desfavorables que tenga para ellos tal tratado; y en cuya virtud, correlativamente, los terceros Estados puedan gozar de las ventajas incidentales que para ellos resultan de los tratados en los que no son partes.

2. En la sección 2 de la División C del presente texto se precisa cuándo y en qué medida, en el caso de efectos *in favorem*, puede el tercer Estado oponer objeciones a la extinción o modificación, sin su consentimiento, de las estipulaciones de un tratado en virtud de las cuales disfruta de esos efectos.

DIVISION B. DERECHOS Y OBLIGACIONES *INTER SE* DE LAS PARTES EN UN TRATADO, COMO CONSECUENCIA DE ESTIPULACIONES RELATIVAS A TERCEROS ESTADOS

Artículo 6. El caso de *pacta in detrimentum tertiis*

1. Cuando en un tratado se estipula la aplicación de determinadas medidas a un tercer Estado, o se dispone que una o más de las partes han de lograr o procurar que un tercer Estado observe determinada conducta, realice determinados actos o ejecute obligaciones de naturaleza análoga a las que el tratado impone a las propias partes, la parte o las partes interesadas, siempre y cuando puedan hacerlo sin infringir ningún otro tratado aplicable ni ninguna regla general de derecho internacional, harán o procurarán que el tercer Estado observe esa conducta; y podrán ser requeridas a ello por la otra parte o las otras partes y toda omisión constituirá una violación del tratado que dará origen a los pertinentes recursos.

2. Análogamente, el hecho de que un tratado dé origen a una responsabilidad o inhabilitación de un tercer Estado, o redunde en desventaja o detrimento de éste o en forma contraria a sus intereses, no constituye *per se* una razón para que las otras partes puedan, *inter se*, negarse a la ejecución del tratado.

3. Igualmente, la no aceptación por un tercer Estado de una disposición del Tratado que le afecte desfavorablemente, no altera *per se* la fuerza obligatoria de esa disposición entre las partes, a menos que :

a) La aceptación o asentimiento por ese tercer Estado constituya una condición de esa disposición del tratado;

b) El objeto de la disposición sea, ollegua a ser, ilícito por falta de tal aceptación o asentimiento.

Artículo 7. El caso de *pacta in favorem tertiis*

Cuando en un tratado se estipula que ha de darse determinado trato a un tercer Estado, las partes tienen el deber, *inter se*, de ejecutar esa obligación, independientemente de que el tercer Estado pueda o no por sí mismo reclamar o hacer efectivo su cumplimiento. La falta de ejecución de dicha obligación por una de las partes constituye en consecuencia una violación del tratado que da derecho a la otra parte o a las otras partes interesadas a hacer uso de los recursos pertinentes.

DIVISION C. SITUACION DE LOS TERCEROS ESTADOS EN RELACION CON EL TRATADO

SUBDIVISION I. PRESUNCIONES Y METODOS DE CLASIFICACIÓN

Artículo 8. Presunciones

1. En caso de duda, hay la presunción, derivada del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, de que un tratado determinado no surte efectos ni *in detrimentum* ni *in favorem* sobre o para terceros Estados o en relación con éstos.

2. Esta presunción sólo se refiere, sin embargo, a la aplicabilidad efectiva del tratado, o de disposiciones análogas, a los terceros Estados y no a los derechos y obligaciones de carácter pasivo de tales Estados en relación con el tratado a que se hace referencia en los artículos 5, 1) iv), y 9, 3) *c*) y *d*) y 4) *d*) del presente texto y que se enuncian más detalladamente en los artículos 17 a 19, 20 y 30.

3. La presunción pierde fuerza, y puede quedar destruida, cuando por el carácter del tratado o las circunstancias concomitantes deba estimarse o llegue a considerarse que el tratado tiene efectos *erga omnes*.

4. En cambio, la presunción se afirma y puede llegar a ser absoluta en el caso de aquellos tratados que expresamente prevén la participación de terceros Estados, bien sea por dejar abierto el tratado a la firma y ulterior ratificación por Estados distintos a los signatarios originales, o bien sea por la inclusión de una cláusula de adhesión o su equivalente.

5. En el caso, sin embargo, de que la situación sea la indicada en el párrafo 4, pero que el tratado, expresa o implícitamente, limite el derecho de participación a ciertos y determinados Estados, o a los miembros de una clase o grupo determinados de Estados, y el tercer Estado interesado no figure entre los que se han especificado o no pertenezca al grupo o clase referidos según sea el caso, no surge ninguna presunción especial (aparte de la indicada en el párrafo 1 del presente artículo) en contra de la posibilidad de efectos *in detrimentum* o *in favorem tertiis* en relación con ese Estado.

Artículo 9. Métodos de clasificación

1. La posición de un tercer Estado en relación con un tratado es fundamentalmente la indicada en el párrafo 1 del artículo 3 del presente texto, en virtud del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Pero cuando, sin violar este principio en sí, los tratados tienen efectos relativos a terceros Estados, conforme o con sujeción a lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 8 del presente texto o en la subdivisión 2 de la presente división, esos efectos pueden clasificarse según se indica en los párrafos siguientes.

2. Los efectos de un tratado relativos a un tercer Estado pueden clasificarse de cuatro maneras diferentes :

i) Según la naturaleza de los efectos producidos;

ii) Según la naturaleza de los principios que los producen;

iii) Según la naturaleza de los actos o procesos concretos que son necesarios para que se produzcan; y

iv) Según la naturaleza del tratado en relación con el cual se producen los efectos.

3. Cuando para la clasificación se sigue el método señalado en el apartado i) del párrafo 2 del presente artículo (naturaleza de los efectos sobre el tercer Estado o en relación con él), cabe hacer las siguientes subdivisiones del tema:

a) Casos en los que el tercer Estado está o llega a estar sujeto a las disposiciones reales del tratado, en cuanto tales, o disfruta de los beneficios de las mismas;

b) Casos en los que el tercer Estado suscribe disposiciones análogas o reglas semejantes o paralelas a las contenidas o enunciadas en el tratado, o que tienen el mismo efecto que éstas, o en que se hace responsable o goza de los beneficios de tales disposiciones o reglas;

c) Casos en los que el tercer Estado está llamado a aceptar, reconocer y no entorpecer la ejecución de un tratado lícito, los derechos que el mismo confiere, el estatuto por él creado o el régimen, arreglo o situación de hecho que en él se establece;

d) Casos en los que el tercer Estado está llamado a aceptar pasivamente las consecuencias puramente incidentales de un tratado lícito, ya sean favorables o desfavorables.

4. Cuando se sigue para la clasificación el método señalado en el apartado ii) del párrafo 2 del presente artículo (naturaleza de los principios que producen los efectos para terceros Estados) las principales subdivisiones del tema son las que se enuncian anteriormente en el artículo 5 (al que se hace por la presente referencia), y pueden resumirse en los cuatro epígrafes siguientes:

a) *El principio del consentimiento activo*, ya sea por el tercer Estado, actuando de acuerdo con las partes (o, en ciertos casos, de acuerdo únicamente con algunas de ellas) o, en el caso de efectos *in detrimentum*, actuando de acuerdo con otro tercer Estado; o bien por las partes únicamente, actuando *inter se*, en el caso de efectos *in favorem tertiis*; o, cuando sea lícitamente posible, por el acto o declaración unilateral del tercer Estado, o de algún otro Estado;

b) *El principio del consentimiento presunto* por parte del tercer Estado, en virtud de reglas o principios de derecho internacional que conducen a este resultado;

c) *El principio de la correlación automática* en virtud del cual el ejercicio de derechos entraña obligaciones correlativas, y viceversa; y en virtud del cual el ejercicio de un derecho de uso entraña la observancia de las condiciones del mismo y viceversa;

d) *El principio del respeto de los actos internacionales lícitos y válidos*, tales como tratados lícitamente concluidos o regímenes, estatutos, arreglos o situaciones de hecho o de derecho que tengan su origen en la aplicación de un tratado lícito; y, cuando la aplicación de tal tratado suponga incidentalmente algún perjuicio para el tercer Estado, el principio de que el *damnum sine injuria* no sirve de fundamento para una reclamación si no hay una causa de responsabilidad absoluta.

En los citados casos *a*), *b*) y *c*), el respectivo principio origina para el tercer Estado derechos u obligaciones reales en virtud del tratado, o derecho u obligaciones análogos o paralelos a los contenidos en el mismo. En el caso *d*), el principio supone derechos u obligaciones para el tercer Estado en relación con el tratado.

5. Cuando se sigue para la clasificación el método señalado en el apartado iii) del párrafo 2 del presente artículo (la naturaleza de los actos o procedimientos concretos que producen los efectos), las principales subdivisiones del tema atenderán a los efectos que se producen sobre o para el tercer Estado, o en relación con éste:

a) Por el acto del obligado que, según las circunstancias, puede ser el propio tercer Estado actuando unilateralmente o en conjunción con las partes u otro tercer Estado, al contraer obligaciones o responsabilidades; o por las partes en el tratado, o algunas de ellas, actuando en conjunción con el tercer Estado, o, cuando se trate de efectos *in favorem*, actuando puramente *inter se* (siempre que, en tal caso, todas las partes actúen asi); o por un solo Estado actuando unilateralmente en la creación de derechos;

b) Por aplicación de la norma de derecho;

c) Por la aceptación o reconocimiento tácitos, atendiendo a un deber de aceptar o reconocer impuesto por el derecho internacional;

d) Por la aquiescencia pasiva.

6. En cada uno de los métodos de clasificación enunciados en los párrafos 3 a 5 del presente artículo, los epígrafes *a*) y *b*) suponen efectos de carácter predominantemente activo o positivo, en tanto que los epígrafes *c*) y *d*) suponen efectos de carácter predominantemente pasivo o negativo.

7. Cuando se sigue para la clasificación el método señalado en el apartado iv) del párrafo 2 del presente artículo (naturaleza del tratado en relación con el cual se producen los efectos para terceros Estados), las principales subdivisiones son las siguientes:

a) Tratados ordinarios bilaterales o de grupo;

b) Los llamados tratados-leyes o tratados normativos;

c) Los tratados que establecen regímenes internacionales de uso;

d) Los tratados que incluyen arreglos internacionales de carácter político o territorial, o los tratados de índole « dispositiva ».

8. En el presente texto, por razones de comodidad y tradición, y con miras a su mayor amplitud se adopta una clasificación mixta, *ad hoc*, en la que intervienen todos estos métodos, pero basada principalmente en el método señalado en el apartado iii) [10].

SUBDIVISION II. EFECTOS DE LOS TRATADOS IN DETRIMENTUM E IN FAVOREM TERTIIS

SECCIÓN 1. EFECTOS *in detrimentum tertiis*

SUBSECCIÓN i). EFECTOS O CONSECUENCIAS ACTIVOS O POSITIVOS *in detrimentum tertiis* (EL TERCER ESTADO PUEDE TENER OBLIGACIONES EN VIRTUD DEL TRATADO, U OBLIGACIONES ANÁLOGAS O PARALELAS A LAS CONTENIDAS EN EL TRATADO)

[10] Este método de clasificación respeta también la tajante división tradicional de efectos *in detrimentum* y efectos *in favorem*. En una fase ulterior se preparará una serie variante de artículos que suponga un concepto más integrado y se base en el método señalado en el apartado i).

Rúbrica a). *Efectos* in detrimentum *producidos por un acto de voluntad del tercer Estado*

Subrúbrica *a*) 1. Efectos directamente producidos por el tercer Estado

ARTÍCULO 10. SITUACIÓN DE UN TERCER ESTADO SIGNATARIO DE UN TRATADO (PERO QUE TODAVÍA NO ES PARTE EN EL MISMO), EN RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS FORMALES DEL TRATADO Y, EN PARTICULAR, EN LO QUE RESPECTA A LA PARTICIPACIÓN DE OTROS ESTADOS QUE TIENEN LA FACULTAD DE PARTICIPAR EN EL TRATADO EN VIRTUD DEL MISMO

1. Cuando un Estado ha firmado un tratado, aunque no lo haya ratificado todavía, se reputa que ha dado su asentimiento final y definitivo a las cláusulas formales del tratado que prescriben la manera en que ha de entrar en vigor, el derecho de otros Estados a participar en el mismo, la modalidad de participación y otras materias afines.

2. En particular, el Estado que se halle en esa situación se encuentra, por razón de dicho asentimiento, en la obligación de no oponer objeciones ni obstáculos a la firma, ratificación, adhesión o acto equivalente de cualquier otro Estado que, en virtud de las estipulaciones del tratado tenga la facultad de llegar a ser parte en el mismo, así como también en la obligación de aceptar las consecuencias jurídicas de tales actos.

ARTÍCULO 11. CASO DE ACUERDO EXPRESO DEL TERCER ESTADO CON LAS PARTES EN EL TRATADO, CON UNA O ALGUNAS DE ELLAS, O CON OTRO TERCER ESTADO INTERESADO

1. El tercer Estado contrae las mismas obligaciones que las que suponen las estipulaciones de un tratado en el que no es parte, o sufre los mismos efectos *in detrimentum*, si conviene en aceptar o llevar a cabo tales estipulaciones en un tratado celebrado por separado con :

a) Las partes en el tratado de referencia;

b) Una o más de tales partes; o

c) Otro tercer Estado interesado.

2. En cualquiera de tales casos, las obligaciones o responsabilidades del tercer Estado, u otros efectos *in detrimentum* del mismo, no surgen ni existen en virtud ni por razón del tratado primitivo, que es y sigue siendo *res inter alios acta*, sino solamente por razón y en virtud del tratado que el propio tercer Estado ha celebrado por separado.

ARTÍCULO 12. CASO EN QUE EL TERCER ESTADO ASUME OBLIGACIONES O RESPONSABILIDADES, O ACEPTA OTROS EFECTOS *in detrimentum*, POR MEDIO DE UNA DECLARACIÓN UNILATERAL

1. El tercer Estado queda obligado de la misma manera que la prevista en el artículo 11 cuando asume obligaciones en virtud de un tratado en el que no es parte o acepta otros efectos *in detrimentum* por razón del mismo mediante una declaración unilateral a tal efecto y de tal tipo, o hecha en tales circunstancias, que, conforme a las reglas generales de derecho internacional, le imponga obligaciones jurídicamente exigibles.

2. En cualquiera de tales casos, son aplicables, *mutatis mutandis*, las disposiciones del párrafo 2 del artículo 11 — en las que bastará sustituir la expresión « tratado por separado » por « declaración unilateral ».

3. Mientras en los casos comprendidos en el artículo 11 la cuestión de la extinción o modificación del tratado concluido por separado se rige por las disposiciones ordinarias del derecho de los tratados, en el caso de la declaración unilateral prevista en el párrafo 1 del presente artículo, tal declaración — a menos que se haga constar su carácter irrevocable — podrá darse por terminada a voluntad del tercer Estado declarante; con sujeción, sin embargo, a la obligación de pagar una indemnización, o de hacer otra reparación apropiada, a cualquier otro Estado que, confiando en la declaración, haya cambiado su situación de tal manera que sufra perjuicios que excedan de las consecuencias naturales de la terminación o modificación de la declaración y quede en una situación peor de la que tendría si la declaración nunca se hubiese hecho.

Subrúbrica *a*) 2. Efectos *in detrimentum* indirectamente producidos por el tercer Estado como consecuencia automática de actos que son propios del ejercicio de unos derechos en virtud del tratado, o del uso de un territorio marítimo o terrestre cuyas condiciones se rigen por el tratado

ARTÍCULO 13. REGLA APLICABLE EN RELACIÓN CON TODOS LOS TRATADOS

1. Cuando un tercer Estado se halla en situación de beneficiarse de un tratado o de ejercer derechos en virtud del mismo y así lo hace (o se aprovecha de él de otra manera) en circunstancias que necesariamente supongan y entrañen el reconocimiento del deber de ejecutar obligaciones correlativas, de observar las disposiciones del tratado o de aceptar sus estipulaciones, el tercer Estado queda obligado a tal ejecución, observancia o aceptación.

2. Hay la presunción natural, *prima facie*, de que las circunstancias mencionadas en el párrafo 1 entrañan tal consecuencia.

ARTÍCULO 14. CASO DEL USO DE UN TERRITORIO MARÍTIMO O TERRESTRE SUJETO A UN TRATADO O RÉGIMEN INTERNACIONAL

1. Cuando se hace uso del territorio marítimo o terrestre de otro Estado y las condiciones de tal uso de dicho territorio de rigen por un tratado en el que el tercer Estado interesado no es parte, las naves y los nacionales del Estado, o el propio Estado en su caso, han de ajustarse a las referidas condiciones.

2. El mismo principio se aplica en relación con el uso de un territorio sujeto en virtud del tratado a un régimen internacional de uso común para los fines y en las condiciones prescritos en el tratado, y en circunstancias que hagan que el tratado tenga, o llegue a reputarse que tiene, efectos *erga omnes*.

Rúbrica b). *Efectos* in detrimentum *producidos por aplicación de la norma de derecho*

Subrúbrica *b*) 1. El tercer Estado es efectivamente, o llega a ser, parte en el tratado por aplicación de la norma de derecho

ARTÍCULO 15. CASOS DE SUCESIÓN, REPRESENTACIÓN Y PROTECCIÓN DE ESTADOS

Un tercer Estado que originalmente no sea parte en el tratado queda obligado po él

a) Cuando por aplicación de las normas de derecho internacional que rigen la sucesión de los Estados, sucede en obligaciones o responsabilidades en virtud del tratado;

b) Cuando las obligaciones en virtud del tratado se le hacen extensivas por la gestión de otro Estado en quien haya delegado el derecho de concertar tratados como agente suyo y en su nombre; y

c) Cuando es un Estado protegido y le es aplicable un tratado del que es parte el Estado protector.

Subrúbrica *b*) 2. El tercer Estado queda sometido, por aplicación de la norma de derecho, a obligaciones análogas a las contenidas en el tratado y que operan como reglas consuetudinarias de derecho internacional

ARTÍCULO 16. CASO DE OBLIGACIONES QUE ADQUIEREN VIGENCIA EN DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO POR MEDIO DE LA APLICACIÓN DE TRATADOS-LEYES O TRATADOS NORMATIVOS

1. Los tratados-leyes o tratados normativos, del tipo de convenciones generales multilaterales, que codifican ramas del derecho internacional consuetudinario existente o establecen nuevas reglas por vía del desarrollo progresivo del derecho internacional, en la medida en que testimonian, declaran o enuncian reglas jurídicas o regímenes jurídicos que son, o eventualmente llegan a ser, reconocidos como de validez y aplicación universales, constituyen instrumentos por los que dichas reglas o dichos regímenes se generalizan o llegan a generalizarse en forma que obligan también a los Estados que no son en realidad partes en el tratado propiamente dicho.

2. En tal caso, sin embargo, es la regla de derecho internacional consuetudinario que de esa manera se testimonia, declara o enuncia, y no el tratado propiamente dicho, lo que obliga al tercer Estado.

SUBSECCIÓN ii). EFECTOS O CONSECUENCIAS PASIVOS O NEGATIVOS *in detrimentum tertiis* (OBLIGACIONES QUE INCUMBEN AL TERCER ESTADO NO EN VIRTUD DEL TRATADO SINO EN RELACIÓN CON ÉSTE)

Rúbrica a). *Efectos* in detrimentum *que resultan de la aplicación del principio del respeto de los actos internacionales lícitos y válidos*

Subrúbrica *a*) 1. En el caso de todos los tratados lícitos y válidos

ARTÍCULO 17. DEBER GENERAL DE TODO ESTADO DE RESPETAR Y DE NO IMPEDIR NI ENTORPECER LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS LÍCITOS Y VÁLIDOS CONCERTADOS POR OTROS ESTADOS

1. En relación con tratados en los que no sea parte, todo Estado tiene jurídicamente el deber general

a) De no entorpecer ni impedir la debida aplicación y ejecución del tratado por las partes en el mismo, siempre que sean lícitas las finalidades del tratado y no se proponga éste, o tenga por efecto, privar al tercer Estado interesado de sus derechos, jurídicamente reivindicables, menoscabar tales derechos o crear para dicho Estado, sin su consentimiento, obligaciones o responsabilidades jurídicamente exigibles;

b) Con sujeción a las mismas condiciones, respetar y reconocer, en caso necesario, los derechos o intereses jurídicamente reivindicables creados o instituidos por el tratado en favor de una o más de las partes, o de otro tercer Estado;

c) En relación con un tratado que el tercer Estado interesado haya firmado sin haberlo ratificadó aún, no tomar ninguna medida que pueda menoscabar el valor del tratado o frustrar las finalidades que el mismo persigue; con sujeción, sin embargo, al derecho de un Estado de recobrar su libertad de acción siempre y cuando adopte la decisión de no ratificar.

2. Siempre que se satisfagan las condiciones mencionadas en el inciso *a*) del párrafo 1, el simple hecho de que el tratado redunde en desventaja o detrimento de un tercer Estado no será causa para impugnar su validez ni para que el tercer Estado se niegue a reconocerlo.

Subrúbrica *a*) 2. En el caso de tratados que enuncian regímenes o arreglos internacionales, o que son de índole dispositiva

ARTÍCULO 18. DEBER GENERAL DE TODO ESTADO DE RECONOCER Y RESPETAR LAS SITUACIONES DE DERECHO O DE HECHO CREADAS EN VIRTUD DE TRATADOS LÍCITOS Y VÁLIDOS

1. Con sujeción a las condiciones mencionadas en el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 17, a las disposiciones del párrafo 3 del presente artículo y a las estipulaciones contenidas en los propios tratados o en otros tratados pertinentes, todo Estado tiene el deber de reconocer y respetar las situaciones de derecho o de hecho creadas por tratados lícitos y válidos que, por su naturaleza, tiendan a surtir efectos *erga omnes*. Entre los tipos más importantes de tratados que surten efectos de esa clase figuran los siguientes [11]:

a) Los tratados de paz y demás tratados que contengan arreglos políticos o territoriales;

b) Los tratados que instituyan un régimen o estatuto general de neutralización o desmilitarización, para determinados territorios o localidades;

c) Los tratados de índole « dispositiva », tales como los tratados de cesión, limitación de fronteras o los tratados que instituyen servidumbres.

2. En relación con los tratados que tienen un carácter regional o de grupo, las disposiciones contenidas en el párrafo 1 son, *mutatis mutandis*, igualmente (pero únicamente) aplicables a los Estados de la región geográfica o grupo particular de que se trate.

3. Las disposiciones contenidas en los párrafos 1 y 2 no suponen ni significan que los tratados referidos puedan imponer obligaciones directas o positivas a los Estados que no son parte en ellos, sino simplemente que, con sujeción a las condiciones indicadas, esos Estados no pueden negar la validez del tratado, deben respetar sus disposiciones y han de ajustarse además a ellas en la medida en que aprovechen las facilidades creadas por el tratado o tengan tratos en la localidad o región objeto del tratado o relacionados con ella.

Rúbrica b). *Efectos incidentalmente desfavorables para un tercer Estado y que se producen automáticamente por la simple aplicación de un tratado*

ARTÍCULO 19. DEBER DE LOS ESTADOS DE ACEPTAR Y TOLERAR LOS EFECTOS INCIDENTALMENTE DESFAVORABLES DE TRATADOS LÍCITOS Y VÁLIDOS

Cuando no se infringe ningún derecho legítimo del tercer Estado y el tratado de referencia se ajusta, por lo

[11] Para el caso de tratados que regulan el uso común de un territorio o establecen un régimen para alguna vía internacional de comunicaciones, por ejemplo un río u otra vía navegable, véase artículo 14 *supra*.

demás, a las condiciones mencionadas en el inciso *a*) del párrafo 1 del artículo 17 del presente texto, el tercer Estado no sufre jurídicamente ningún perjuicio ni posee ningún derecho a reclamar contra las partes por el hecho de verse adversamente afectado por la aplicación del tratado, o de serle éste incidentalmente desfavorable.

SECCIÓN 2. EFECTOS *in favorem tertiis*

SUBSECCIÓN i. EFECTOS O CONSECUENCIAS ACTIVOS O POSITIVOS *in favorem tertiis* (EL TERCER ESTADO PUEDE TENER DERECHOS EN VIRTUD DEL TRATADO, O DERECHOS ANÁLOGOS O PARALELOS A LOS CONTENIDOS EN EL TRATADO)

Rúbrica a), *Efectos* in favorem *producidos por acto de las partes en el tratado exclusivamente, o por acto de un solo otorgante*

Subrúbrica *a*) 1. Acto de las partes en el tratado

ARTÍCULO 20. LA ESTIPULACIÓN EN PROVECHO DE TERCERO (DERECHOS O BENEFICIOS QUE EL PROPIO TRATADO EXPRESAMENTE CONFIERE A UN TERCER ESTADO)

1. Cuando un tratado expresamente confiere derechos o beneficios a un tercer Estado, o prevé el ejercicio por éste de derechos o facultades, o el goce por el mismo de facilidades o ventajas, en forma tal que denota el deseo de las partes de crear derechos jurídicamente reivindicables en favor del tercer Estado, o de obligarse a concederlos, o de crear una relación jurídica entre ellas mismas y el tercer Estado, el tercer Estado interesado adquiere por ello un derecho jurídicamente reivindicable a las ventajas de las estipulaciones de que se trata.

2. La aplicación del párrafo 1 no queda sujeta a la condición de que se designe al tercer Estado *eo nomine*, siempre que resulte claro por el contexto o por las circunstancias concomitantes que se ha querido denotar dicho Estado o un grupo o categoría de Estados al que pertenece el Estado reclamante.

3. En todos los casos previstos en los párrafos 1 y 2, el tercer Estado reclamante tiene un derecho directo a proceder contra las partes en el tratado, actuando en su propio nombre y por iniciativa propia, si no se cumplen las disposiciones del tratado relativas al tercer Estado — siempre que en todo caso, el tercer Estado haya cumplido o esté dispuesto a cumplir las condiciones que para el otorgamiento de esos derechos o beneficios, prescriban las referidas disposiciones.

4. Sin embargo, lo previsto en los párrafos precedentes no da derecho al tercer Estado a exigir que el tratado se mantenga indefinidamente en vigor, ni a poner objeciones a que las partes lo den por terminado o modifiquen sin su consentimiento, salvo en los casos siguientes:

a) Cuando las partes, ya sea en el propio tratado o separadamente, se hayan comprometido a mantener el tratado en vigor indefinidamente o durante un plazo determinado, o a no darlo por terminado ni modificarlo sin el consentimiento del tercer Estado, o cuando la relación jurídica creada por el tratado entre las partes y el tercer Estado sea de tal naturaleza que entrañen tal cosa;

b) Cuando las cláusulas del tratado favorable al tercer Estado sean de índole dispositiva y hayan sido efectivamente ejecutadas;

c) Cuando el tercer Estado, con el propósito de ejercer los derechos o facultades o de gozar los beneficios o ventajas derivados del tratado o con ocasión de tal ejercicio o disfrute, haya alterado su posición de tal manera que la extinción o la modificación del tratado lo afecte perjudicialmente y en una medida que exceda del perjuicio natural que cabe esperar de la extinción o modificación de los referidos derechos, facultades, beneficios o ventajas, colocando al tercer Estado en una situación peor de la que tenía antes de disfrutar de los mismos;

d) En los casos comprendidos en el artículo 21 del presente texto.

ARTÍCULO 21. DISPOSICIONES DE UN TRATADO QUE HACEN DESAPARECER O MODIFICAN ALGUNA INHABILITACIÓN O PROHIBICIÓN A LA QUE EL TERCER ESTADO SE HALLABA SUJETO ANTERIORMENTE

La estipulación de un tratado por la que se hace desaparecer, anula o modifica alguna inhabilitación o prohibición a la que hasta entonces se hallaba sujeto un tercer Estado, siempre que las partes en el tratado se hallen facultadas para estipular tal cosa, se considera como cláusula ejecutada en el sentido de que el tercer Estado (con sujeción a las condiciones señaladas en el tratado) se ve liberado *ipso facto* de la inhabilitación o prohibición, la cual no puede restablecerse ni volverse a imponer por el simple hecho de que expire el tratado o de que éste sea denunciado o modificado.

Subrúbrica *a*) 2. Acto de un solo Estado

ARTÍCULO 22. DECLARACIONES UNILATERALES POR LAS QUE SE CONFIEREN DERECHOS A OTROS ESTADOS

1. Cuando un Estado hace una declaración unilateral en favor de uno o más Estados o de todos los demás Estados, o por la que contrae obligaciones hacia los mismos, en tal forma o en tales circunstancias que, conforme a las reglas generales del derecho internacional, el Estado declarante contrae un compromiso jurídicamente obligatorio, el otro Estado o los otros Estados pueden exigir de pleno derecho el cumplimiento de lo expuesto en la declaración.

2. A menos que en la declaración se haga constar su propia irrevocabilidad, el Estado o los Estados en cuyo favor la misma se hace no pueden oponerse a que el Estado declarante la retire o modifique a su discreción; no obstante, que si ello tiene consecuencias análogas a las indicadas en el inciso *c*) del párrafo 4 del artículo 20 del presente texto, el Estado declarante quedará sujeto al pago de una indemnización, o a efectuar cualquier otra reparación adecuada, por concepto de las pérdidas o de los daños y perjuicios causados.

Rúbrica b). *Efectos* in favorem *producidos con la participación del propio tercer Estado*

Subrúbrica *b*) 1. Efectos producidos directa y conjuntamente por las partes y por el tercer Estado

ARTÍCULO 23. EJERCICIO POR EL TERCER ESTADO DE LA FACULTAD DE PARTICIPAR EN EL TRATADO

1. Un tercer Estado tiene derecho a llegar a ser parte en el tratado por los medios que se indiquen en el mismo o en cualquier otro instrumento aplicable y siempre

que pertenezca a la clase de Estados que, según el tratado o el otro instrumento tengan la facultad de ser partes, o no se imponga para ello ninguna restricción a esa clase de Estados.

2. En tal caso, el tercer Estado tiene derecho a poner objeciones cuando, mientras adopta las medidas necesarias para ser parte, cualquier otro Estado se comporta de tal manera que menoscaba el valor del tratado o frustra las finalidades que el mismo perseguía; no obstante, este derecho cesará al término de un período razonable en el curso del cual el tercer Estado haya podido ejercer la facultad de llegar a ser parte.

3. Cuando en el tratado no se prevé la participación de Estados distintos a las partes originales, el hecho de que en un tratado se manifieste el propósito de conferir derechos a un tercer Estado, o figuren disposiciones en favor del mismo, no atribuye al tercer Estado ningún derecho para llegar a ser parte efectivamente en el tratado sin el expreso consentimiento de las partes existentes.

ARTÍCULO 24. CASO DE UN ACUERDO POR SEPARADO ENTRE TODAS LAS PARTES EN UN TRATADO, O UNA O MÁS DE ELLAS, Y UN TERCER ESTADO, QUE PRODUCE EFECTOS *IN FAVOREM* PARA ESTE ÚLTIMO ANÁLOGOS A LOS DEL TRATADO

1. Un tercer Estado está jurídicamente facultado para reivindicar el goce de los derechos o beneficios prescristos en un tratado cuando ha concertado un acuerdo por separado a tal efecto :

a) Con todas las partes en el tratado;

b) Con alguna o algunas de las partes solamente — siempre que, en tal caso, el acuerdo no vaya en contra del tratado ni sea incompatible con éste.

2. En los casos previstos en el párrafo 1, la facultad de reivindicar en derecho existe únicamente en virtud del acuerdo concertado por separado y tan sólo contra la parte o las partes interesadas.

3. En los casos previstos en el párrafo 1, el derecho que en su caso tenga el tercer Estado a oponerse a la extinción o modificación del referido acuerdo concertado por separado dependerá de sus estipulaciones y de las reglas ordinarias del derecho de los tratados relativas a la extinción o modificación de los tratados.

Subrúbrica *b*) 2. Efectos *in favorem* producidos indirectamente como consecuencia automática de la ejecución por el tercer Estado de obligaciones contraídas en virtud de disposiciones del tratado o de conformidad con ellas, con el consentimiento expreso o tácito de las partes

ARTÍCULO 25. REGLA APLICABLE EN EL CASO DE TODOS LOS TRATADOS

1. Cuando un tercer Estado, con el consentimiento o la aquiescencia tácita de las partes, puede ejecutar, y ejecuta regularmente, las obligaciones de un tratado, u observa sus disposiciones, está facultado para ejercer los derechos y disfrutar de las facilidades o ventajas que, según el tratado o la norma general de derecho, tal ejecución o tal observancia entrañen normalmente.

2. Sin perjuicio de la regla especial prevista en el párrafo 2 del artículo 26 del presente texto, el tercer Estado no puede oponerse a la denuncia o modificación de un tratado merced al cual haya ejercido derechos u obtenido ventajas con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; no obstante, si ello produce consecuencias análogas a las mencionadas en el inciso *c*) del párrafo 4 del artículo 20 del presente texto, el tercer Estado tendrá derecho a ser indemnizado o a recibir otra reparación adecuada por las pérdidas o los daños o perjuicios causados.

ARTÍCULO 26. CASO DEL USO DE UN TERRITORIO MARÍTIMO O TERRESTRE SUJETO A UN TRATADO O RÉGIMEN INTERNACIONAL

1. Con sujeción a las estipulaciones de los tratados respectivos, y a su correcta interpretación, los Estados y sus naves y nacionales, si observan las condiciones de uso prescritas en los tratados o regímenes internacionales de los tipos indicados en el artículo 14 del presente texto, y siempre que ese uso se haga con el consentimiento o la aquiescencia tácita de las partes en el tratado o régimen, están facultados para gozar del derecho de uso y demás ventajas de ese tratado o régimen, en las condiciones que ese derecho o ventajas comparten.

2. Los terceros Estados están facultados para oponerse a la extinción o modificación de los referidos tratados o regímenes, salvo que se hagan con el consentimiento general internacional, cuando los derechos, facilidades o ventajas de que se trate hayan adquirido, por su constante ejercicio y goce por esos terceros Estados, una existencia objetiva e independiente del tratado o régimen bajo el cual originalmente se instituyeron. Pero incluso cuando no sea así, los terceros Estados tendrán derecho al pago de una indemnización, o a otra reparación adecuada, por las pérdidas o los daños y perjuicios causados por la extinción o la modificación del tratado o régimen.

Rúbrica c). *Efectos* in favorem *producidos por la aplicación de la norma de derecho*

Subrúbrica *c*) 1. Efectos debidos a que el tercer Estado es efectivamente parte en el tratado, o llega a serlo, por aplicación de la norma de derecho

ARTÍCULO 27. CASOS DE SUCESIÓN, REPRESENTACIÓN Y PROTECCIÓN DE ESTADOS

Todo Estado que queda obligado por un tratado en las circunstancias mencionadas en el artículo 15 del presente texto tiene derecho a beneficiarse de los efectos *in favorem* correspondientes o correlativos del tratado.

Subrúbrica *c*) 2. Efectos *in favorem* que son consecuencia de la sujeción por aplicación de la norma de derecho a obligaciones análogas a las contenidas en el tratado y que operan como reglas consuetudinarias de derecho internacional

ARTÍCULO 28. CASO DE DERECHOS QUE ADQUIEREN VIGENCIA EN DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO POR MEDIO DE LA APLICACIÓN DE TRATADOS-LEYES O TRATADOS NORMATIVOS

Cuando por el proceso indicado en el artículo 16 del presente texto, los terceros Estados quedan sujetos, por intermedio de un tratado, a normas que son o han

llegado a ser aceptadas como reglas de derecho internacional consuetudinario, dichos Estados gozan automáticamente de los derechos y beneficios correlativos.

SUBSECCIÓN ii). EFECTOS O CONSECUENCIAS INDIRECTOS O INCIDENTALES *in favorem tertiis* (EFECTOS NO EN VIRTUD DEL TRATADO SINO EN RELACIÓN CON ÉSTE)

ARTÍCULO 29. EFECTOS *IN FAVOREM* QUE RESULTAN DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL RESPETO DE LOS ACTOS INTERNACIONALES LÍCITOS Y VÁLIDOS

1. Todo tercer Estado que se conduzca en conformidad con las disposiciones de los artículos 17 y 18 del presente texto tiene derecho a esperar, llegado el caso, una conducta análoga por parte de otros terceros Estados.

2. En el caso de tratados que enuncian regímenes o arreglos internacionales o que son de índole dispositiva, a los que se aplican las disposiciones del artículo 18 del presente texto y respecto de los cuales se acepta, o ha llegado a aceptarse, que surten efectos *erga omnes*, los terceros Estados que observan las disposiciones del régimen o arreglo, y que se hallan directamente interesados en la situación de hecho o de derecho establecida por el tratado, tienen derecho en principio a esperar que se mantenga esa situación, o que se les consulte antes de darle término o alterarla.

3. Las disposiciones de los anteriores párrafos del presente artículo no bastan sin embargo de por sí para conferir a terceros Estados un derecho directo o activo en virtud del tratado.

ARTÍCULO 30. EFECTOS INCIDENTALMENTE FAVORABLES A UN TERCER ESTADO QUE SE PRODUCEN AUTOMÁTICAMENTE POR LA SIMPLE APLICACIÓN DE UN TRATADO

En los casos no comprendidos en ninguno de los precedentes artículos de la presente sección, un tercer Estado puede no obstante gozar de beneficios o ventajas de índole incidental que resulten automáticamente de la aplicación de un tratado concertado entre otros Estados; pero dicho Estado no adquiere por ello ningún derecho en virtud del tratado propiamente dicho, ni tampoco ningún derecho a que el mismo se mantenga en vigor o no sea alterado por las partes, ni a ser indemnizado si se le pone término.

II. COMENTARIO A LOS ARTICULOS

[NOTAS: 1. En este comentario no se repite el texto de los artículos. La página en que aparece cada artículo viene indicada en el índice que figura al comienzo del informe.

2. El Relator Especial se remite a la nota 2 hecha al principio del comentario de su segundo informe [12].

3. Para el plan de este capítulo, véase la disposición de materias que precede inmediatamente al texto de los artículos.]

[12] A/AC.4/107, pág. 60; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1957, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1957.V.5), pág. 40.

Capítulo II. Efectos de los tratados

Parte II. Efectos de los tratados en relación con terceros Estados

DIVISION A. DEFINICIONES Y PRINCIPIOS BASICOS

ARTÍCULO 1. DEFINICIÓN DE TERCER ESTADO

1. *Párrafo 1.* Este artículo versa sobre la noción de « tercer Estado ». Hay que reconocer que este término no es muy satisfactorio de por sí, pues es impreciso y sólo puede aplicarse estrictamente al caso de un tratado bilateral, cuando en realidad la cuestión de la situación de los Estados que no son partes en un tratado se plantea no solamente en relación con tratados bilaterales, sino también respecto a tratados en que hay varias partes o a tratados en los que es parte un grupo de Estados; también puede surgir en relación con tratados del tipo multilateral general. No obstante, se ha estimado preferible adoptar el término « tercer Estado », cuyo uso es tradicional y cuyo sentido es bien conocido. Existen en el derecho contractual de muchos países expresiones análogas (« les tiers », « i terzi »), derivadas de la expresión latina « tertii », que se refieren en general a personas, físicas o jurídicas, que, sin ser partes en un contrato dado, pueden, sin embargo, verse afectadas por él de alguna manera. Esta expresión no tiene equivalente exacto en inglés, (donde no existe el término « terceros »), pero esta misma idea se halla en las expresiones correspondientes *third parties* o *third States*.

2. Un tercer Estado, en relación con determinado tratado, puede definirse sencillamente como todo Estado que no es realmente parte en ese tratado. De esta definición se deduce, en sentido estricto, que sólo existe, evidentemente, una categoría de tercer Estado. Pero, aunque todos los terceros Estados se encuentran en la misma situación en el sentido de que ninguno de ellos son partes en un tratado dado, pueden hallarse, sin embargo, en diversas situaciones en relación con el tratado desde otros puntos de vista; este punto merece destacarse pese a que, salvo una excepción que se va a citar en breve, no se deduce de él ninguna distinción jurídica real entre los terceros Estados, al menos en el sentido de poder afirmar que en cierta categoría de ellos el carácter de terceros Estados esté más o menos acusado que en otras.

3. *Párrafos 2 a 4.* Estos párrafos contienen una « clasificación » de los terceros Estados, según su situación en relación con un tratado determinado. En cierto sentido, todos estos párrafos versan sobre el mismo tema, pero lo plantean de modo diferente. La distinción más obvia entre los terceros Estados (aunque hay que insistir de nuevo en que no se trata realmente de una distinción jurídica en relación con las consecuencias que ello supone) es la que puede establecerse entre los terceros Estados que son totalmente ajenos al tratado y los que no lo son. En esta última categoría se puede incluir los terceros Estados que han participado en la elaboración del tratado, pero que aún no lo han firmado; o los Estados que lo han firmado pero aún no lo han ratificado. Esos Estados son terceros Estados en cuanto no son todavía partes en el tratado, pero, al mismo tiempo, no pueden considerarse como totalmente ajenos a él,

y tienen ciertos derechos en relación con el tratado, por ejemplo el de firmarlo o ratificarlo, según los casos. No obstante, mientras no se conviertan en partes del tratado mediante los actos necesarios, siguen siendo terceros Estados, y en virtud del tratado o a consecuencia de él no tienen más derechos ni obligaciones que cualquier otro tercer Estado, incluidos aquellos que, por no haber participado en la negociación del tratado o por no haberlo firmado, son total y plenamente ajenos a él desde sus orígenes.

4. Los Estados que, pese a no haber participado en la elaboración de un tratado, tienen derecho, en virtud del mismo, a convertirse en partes en él, generalmente por adhesión, no son tampoco, en cierto sentido, totalmente ajenos a él. Pero en el caso de los Estados que tienen un derecho de adhesión, entra en juego otra base de distinción, que se deriva de las disposiciones del propio tratado, según éste autorice o impida a los países que no hayan sido partes originales en el mismo a participar en él. Algunos tratados prevén expresamente la adhesión en una u otra forma de países que no han participado en la negociación del tratado, y que no han pasado a ser partes de él mediante firma y ratificación. En el caso de este tipo de tratado, cualquier tercer Estado siempre puede convertirse en parte del mismo, si así lo desea, dando los pasos necesarios, siempre y cuando ese Estado pertenezca a la clase de Estados que pueden adherirse al tratado en virtud de las disposiciones de éste, si es que figura alguna disposición expresa o implícita que restrinja esa clase [13]. Otros tratados no contienen estipulaciones en ese sentido y en tal caso los terceros Estados no pueden normalmente convertirse en partes de los mismos a menos que las partes en el tratado les inviten posteriormente a hacerlo o tomen algunas medidas independientes y especiales al efecto. Cuando un tratado contiene alguna cláusula acerca de la participación de los terceros Estados, estos últimos tienen, *ipso facto*, naturalmente, el derecho, o mejor dicho, la facultad de convertirse en partes; pero también en este caso, mientras no ejerzan ese derecho, y por lo tanto mientras sigan siendo terceros Estados, su situación jurídica respecto al tratado (es decir, en lo relativo a tener cualquier derecho u obligación de carácter substantivo derivado del mismo) es exactamente la misma que en el caso de un tratado que no conceda a terceros Estados la facultad de participar.

5. Las palabras « ... y por cualquier otro Estado con derecho a participar en la invitación que a tal efecto se haga », que figuran en el inciso b) del párrafo 2, tienen por objeto prever el caso en que se considere que un Estado signatario que no ha ratificado todavía el tratado tenga tal derecho.

6. *Párrafo 5.* Este párrafo ya ha sido comentado. El punto tratado en el artículo 10 se examinará en el comentario a este artículo (véase párr. 40 *infra*). En el artículo 23 se trata simplemente del derecho que se confiere en virtud de algunos tratados a los terceros Estados o a cierta clase de ellos, a convertirse en partes efectivas del mismo (véase párr. 94 *infra*).

[13] Sobre este punto, véase el primer informe del Relator Especial sobre el derecho de los tratados, artículo 34, párrafos 2 y 3, y comentarios a los mismos, en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1956.V.3), págs. 113, 114 y 125.

ARTÍCULO 2. EL ESTADO COMO SUJETO Y COMO OBJETO DE LOS TRATADOS

7. En el presente artículo y en el siguiente (artículo 3) se enuncia el mismo principio, aunque desde dos puntos de vista ligeramente diferentes. La regla que se examina en el artículo 3 *(res inter alios acta)* tiene la consecuencia directa de que, según se indica en el párrafo 1 del presente artículo, un tratado se aplica, en principio, solamente a las partes en el mismo y a las relaciones entre ellas. Como dice Charles Rousseau:

> « En principio, los tratados sólo tienen un efecto relativo. No pueden ni perjudicar ni beneficiar a terceros Estados. Sus efectos jurídicos están estrictamente limitados al círculo de las partes contratantes... » [14]

Dicho en otras palabras, los tratados sólo crean derecho para las partes contratantes, y aun en este caso es más exacto afirmar que lo que crean para las partes contratantes son derechos y obligaciones particulares y no un derecho general. El estudio de las circunstancias en que un tratado puede crear lo que, estrictamente hablando, puede considerarse como derecho, aun para las partes contratantes, y aun más (aunque indirectamente) para las partes no contratantes, plantea consideraciones de carácter más amplio, de las que se trata en otro lugar [15].

8. *Párrafo 2.* El hecho de que un tratado sólo se aplique directamente a las partes en el mismo no implica, claro está, que otros Estados no puedan ser (usando una expresión francesa que no tiene equivalente exacto en inglés dentro de este contexto) « visés » por el tratado. Desde el punto de vista de la personalidad jurídica, sólo las partes en el tratado son las que pueden considerarse como sujetos del tratado y, por consiguiente, sujetas a él; pero otros Estados pueden ser objetos del tratado de una u otra manera, como por ejemplo cuando dos Estados firman un tratado en el que acuerdan tomar ciertas medidas en relación con un tercer Estado, o a consecuencia de ciertas medidas adoptadas por ese tercer Estado.

9. *Párrafo 3.* Hay que distinguir entre la situación del tercer Estado en relación con el tratado y la situación de las partes en sus relaciones *inter se* con respecto al tercer Estado. El hecho de que éste no tenga derechos ni obligaciones en virtud del tratado, no altera en modo alguno la posibilidad de que las partes puedan tener derechos y obligaciones, no directamente frente al tercer Estado como tal, sino *inter se* (y exigibles *inter se*) en cuanto *respecta al* tercer Estado.

ARTÍCULO 3. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*

10. *Párrafo 1.* Los principios generales a que se hace referencia en el presente párrafo, que constituyen la base de las reglas del derecho de los tratados en relación con terceros Estados, son tan fundamentales, conocidos y evidentes que no necesitan realmente que se citen muchas autoridades en su apoyo. Estos principios se derivan, al menos en cuanto respecta a la cuestión de la obligación, de los principios generales del consentimiento, que constituyen la base de la obligación con-

[14] *Op. cit.*, vol. I, págs 453 y 454.

[15] Véanse los comentarios al artículo 16.

vencional. Rousseau [16] afirma que el Profesor Scelle [17] es el único que no admite

« ... que se aplique a las relaciones entre Estados una regla establecida para la esfera privada y para las relaciones de carácter contractual. »

Rousseau añade [18]:

« No obstante, el principio [*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*] parece cierto en derecho internacional positivo. Resulta tanto del derecho convencional como de la jurisprudencia — internacional e interna — y de la práctica diplomática. »

11. Pese a que estos principios se explican por sí mismos, tal vez convenga citar algunas de las sentencias más importantes en que se han afirmado esos principios o que se han basado en ellos. Por ejemplo, en el caso de los intereses alemanes en la *Alta Silesia polaca* el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en relación con los distintos instrumentos por los que se puso término a las hostilidades después de la primera guerra mundial, dice:

« No obstante, es prácticamente tan imposible presumir que exista tal derecho — al menos en el caso de un instrumento de la clase del Convenio de Armisticio — como presumir que las disposiciones de esos instrumentos puedan hacerse extensivas *ipso facto* a terceros Estados. Un tratado sólo crea derecho entre los Estados que son partes en él; en caso de duda, no puede deducirse de él ningún derecho en favor de terceros Estados. » [19]

De modo análogo, en el asunto de las *Zonas Francas*, al comentar el párrafo 2 del artículo 435 del Tratado de Versalles, el Tribunal Permanente dice:

« De lo dicho se desprende que el párrafo 2 del artículo 435 no implica, como tal, la abolición de las zonas francas, pero aun en el supuesto de que la implicara, es evidente que, en todo caso, el artículo 435 del Tratado de Versalles no obliga a Suiza, que no es parte en el tratado, más que en la medida en que este país lo haya aceptado. » [20]

Asimismo, en el *Caso relativo a la jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional del Oder* [21], la Corte Permanente tuvo que examinar los efectos del artículo 338 del Tratado de Versalles. Este estipulaba que el régimen que se formulaba en los artículos 332 a 337 del Tratado sería sustituido por el que se « establezca mediante un Convenio General que convendrán las Potencias Aliadas y Asociadas y que será aprobado por la Sociedad de las Naciones, con referencia a las vías nevegables cuyo carácter internacional se reconozca por el expresado Convenio », y que este Convenio podría aplicarse especialmente, entre otros, al río Oder. El Convenio de Barcelona que se firmó posteriormente, en abril de 1921, se consideró como el Convenio a que se refería aquel artículo y se planteó la cuestión de saber si en virtud del artículo 338 del Tratado de Versalles debía aplicarse automáticamente el Convenio de Barcelona al asunto del río Oder, incluso en relación con un país (Polonia) que no había ratificado el Convenio de Barcelona. Como dijo la Corte, « se trata, pues, de saber si la obligación contraída por Polonia en virtud del artículo 338 del Tratado de Versalles basta para que el Convenio de Barcelona sea aplicable en la medida prevista por ese artículo »; y agregaba [en vista de que las partes del Tratado de Versalles habían acordado que las disposiciones de ese Tratado relativas a los ríos debían sustituirse por las del futuro convenio general (de Barcelona)] que « se trata, pues, del citado convenio (de Barcelona) por los Estados interesados », y en este caso particular de la ratificación por Polonia. La Corte llegó a la conclusión de que debían aplicarse las reglas ordinarias del derecho internacional, « entre las que figura la regla según la cual los convenios, salvo algunos casos excepcionales, sólo tienen carácter obligatorio cuando son ratificados ». Por lo tanto, quedaba por saber « si el artículo 338 se proponía hacer una excepción a esta regla ». Sobre este punto, la Corte dictaminó que el artículo 338 del Tratado de Versalles no contenía ninguna disposición que impusiera a las partes del mismo, y en especial a Polonia, una obligación automática en virtud del futuro convenio general a que se hacía referencia, independientemente de que el Estado interesado se convirtiera en parte de dicho convenio. En consecuencia, la Corte falló

« que, aun teniendo en cuenta el artículo 338 del Tratado de Versalles, no puede admitirse que sea superflua la ratificación del Convenio de Barcelona, y que dicho Convenio pueda producir los efectos a que se hace referencia en este artículo, independientemente de la ratificación » [22].

12. Por otra parte, aunque un Estado no esté obligado por alguna disposición de un tratado A, puede verse obligado por él al aceptar tal obligación en virtud de un tratado B y sólo en tal caso. Así, por ejemplo, en el asunto del *Trato de los Nacionales Polacos en Danzig* [23], la Corte Permanente examinó la posibilidad de aplicar el párrafo 5 del artículo 104 del Tratado de Versalles a la Ciudad Libre de Danzig; esa ciudad no era parte en ese Tratado pero se consideraba que lo había aceptado en virtud de la serie independiente de acuerdos por los que se estableció la Ciudad Libre y se reguló su régimen

[16] *Op. cit.*, vol. I, pág. 454.

[17] *Précis de droit des gens*, vol. II, 1934, págs. 367 y 368. Cabría sostener que el Profesor Scelle no negaría realmente que, en todo caso, ningún tratado *bilateral*, por ejemplo, puede obligar *directamente* a un tercer Estado sin su consentimiento dado explícitamente o que se pueda deducir de alguna manera, o sin que exista, alguna regla independiente de derecho internacional que cree condiciones en las que un tratado pueda obligar a terceros Estados. Por otra parte, es evidente que se puede seguir, según los casos, un criterio más o menos restringido, respecto a las distintas excepciones o, mejor dicho, reservas que se crea existan a esa regla estricta. Así, aunque el Relator Especial que presenta este informe no pretende que esto constituya necesariamente su propia opinión, no sería absurdo opinar que un instrumento tal como la Carta de las Naciones Unidas, que ha sido suscrita prácticamente por todos los Estados del mundo, pueda crear en cierto modo obligaciones incluso para los Estados no miembros. En realidad, la opinión del Profesor Scelle parece referirse sobre todo al « tratado-ley » multilateral. Dice que « cuando se afirma que los efectos de los tratados no pueden hacerse extensivos a los terceros Estados se pasa por alto el hecho de que, en un tratado-ley, no pueden existir ni partes ni terceros Estados, sino solamente legisladores » (*op. cit.*, tomo II, 1934, págs. 345 y 346).

[18] *Loc. cit.*

[19] *Publications of the Permanent Court of International Justice, Judgements, Orders and Advisory Opinions*, Series A, N.º 7, págs. 28 y 29.

[20] *Ibid.*, Series A/B, N.º 46, pág. 141.

[21] *Ibid.*, Series A, N.º 23.

[22] *Ibid.*, pág. 21.

[23] Series A/B, N.º 44.

político en relación con Polonia. La Corte llegó a la siguiente conclusión:

« Es cierto... que la Ciudad Libre..., al aceptar el Convenio que las Principales Potencias Aliadas y Asociadas habían negociado en virtud de las disposiciones del artículo 104 del Tratado de Versalles,... había aceptado con ello ese artículo. » [24]

13. Este mismo principio fue afirmado por el Juez Huber, que actuó de árbitro en el conocido asunto de la *Isla de Palmas* [25], en el que dijo:

« Es evidente que cualquiera que sea el verdadero espíritu del tratado, no puede interpretarse en el sentido de que dispone de los derechos de terceras Potencias independientes... Parece, además, evidente que los tratados concertados por España con terceras Potencias que reconocen su soberanía sobre las « Filipinas » no pueden obligar a los Países Bajos... Por otra parte, el título imperfecto de los Países Bajos no pudo haberse modificado por un tratado firmado entre terceras Potencias; y tal tratado no pudo imprimir el carácter de ilegalidad a cualquier acto emprendido por los Países Bajos con miras a completar ese título imperfecto... »

Estas citas sacadas del caso de la Isla de Palmas ilustran otro aspecto del principio fundamental según el cual un tratado no puede imponer obligaciones a terceros Estados, a saber, que tampoco puede imponer obligaciones ni impedimentos, a esos Estados ni perjudicar, alterar o enajenar sus derechos; este aspecto también se ilustra en una opinión dada por Lord Stowell en 1796, cuando era King's Advocate, y citada en la obra *The Law of Treaties* de Lord McNair [26]

« ... Y respecto a la aplicación de tratados vigentes, que la Corona de Dinamarca y el Dey (de Argelia) han concertado para que el pabellón cubra recíprocamente sus bienes, no es posible extenderla a Potencias que no son partes en este compromiso ni tampoco perjudica en absoluto los derechos de otros Estados fundados en el derecho de gentes en general... »

14. La sentencia arbitral del Profesor Verzijl, que actuó de árbitro de la Comisión de Reclamaciones Franco-Mexicana en el caso de *Pablo Najera*, ofrece una nueva variación y un ejemplo patente del mismo principio fundamental. Se trataba de saber si México, que no era miembro de la Sociedad de las Naciones, podía, sin embargo, aducir el artículo 18 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que disponía que todo tratado o compromiso internacional debía ser registrado por la Secretaría de la Sociedad, y añadía que « ninguno de estos tratados o compromisos internacionales será obligatorio antes de haber sido registrado ». Al dictar su sentencia, el arbitro, Profesor Verzijl, dijo [27]:

« El Estado no miembro es totalmente ajeno a los compromisos contraídos por los miembros... México no está obligado en modo alguno por las disposiciones del artículo 18 y por lo tanto éstas no pueden perjudicarle de ninguna manera; en cambio, México no puede valerse de ellas para aducir cualquier argumento en su favor a fin de eludir compromisos internacionales que haya contraído en virtud de un Convenio que, en cuanto se refiere a México, es totalmente válido. »

15. El criterio seguido en las sentencias y dictámenes antes citados refleja sobradamente la práctica seguida por los Estados. A este respecto, quizá baste, a los efectos del presente estudio, citar a Roxburgh, que estudia un número considerable de casos concretos, y que dice respecto a ellos [28]:

« La práctica de los Estados confirma plenamente el criterio unánime de la doctrina según el cual un tercer Estado no puede incurrir en obligaciones jurídicas en virtud de un tratado en el que no es parte »;

y añade [29]:

« Pueden hallarse en la práctica de los Estados muchos otros casos que indican que un tratado no puede imponer obligaciones a un tercero; pero huelga insistir en un punto que nadie discute ».

De modo similar, en relación con los derechos adquiridos, Roxburgh dice lo siguiente [30]:

« Ningún autor ha sugerido jamás que un tercer Estado pueda adquirir derechos en virtud de un tratado que sólo le beneficia incidentalmente, y la práctica de la naciones abunda en pruebas que indican que no puede hacerlo.»

Esta última cita plantea, sin embargo, una cuestión que se estudiará más detenidamente en momento oportuno.

16. *Párrafo 2.* Este párrafo no requiere explicación (véase párr. 3 del artículo 2 y el comentario a este párrafo que figura en el párr. 9 *supra*).

ARTÍCULO 4. EXCEPCIONES APARENTES O CUASI EXCEPCIONES O LIMITACIONES AL PRINCIPIO *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*

17. *Párrafo 1.* A pesar del carácter más o menos absoluto de los principios estudiados en los párrafos anteriores — absoluto por lo menos en el caso de las obligaciones, pues el caso de los derechos, como se verá a su debido tiempo, no lo es tanto — tales principios están sujetos en la práctica a ciertas limitaciones. Estas limitaciones se especifican en la División C del texto, y serán comentadas en relación con él. Cabe no obstante, remitirse aquí a los párrafos 3 y 4 de la instroducción al presente informe. De todas formas, la expresión « excepciones o limitaciones » no es enteramente satisfactoria. Posiblemente basta con « limitaciones », ya que en rigor ninguna de ellas llega a ser una excepción, o, de serlo, lo es sólo en forma indirecta o accidental. A lo sumo se trata de cuasi excepciones. Esto quedará más claro al estudiar las disposiciones que regulan esta materia, pero sería más exacto decir que todas estas excepciones o limitaciones que tienen en realidad el carácter de glosas a los principios básicos son en realidad sólo aparentes, y éstos no son aceptados en molo alguno. Pero la glosa existe, ya que, como dice Rousseau [31], volviendo a su anterior dictamen (véase párr. 7 de este

[24] *Ibid.*, pág. 30.

[25] *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N°. de venta: 49.V.1), págs. 842, 850 y 870.

[26] Dictamen de Lord Stowell como Abogado del Rey, de 2 de enero de 1796, citado por H. D. McNair, en *The Law of Treaties, British Pactice and Opinions*, Oxford University Press, 1938, pág. 309.

[27] Citado en Verzijl, *Jurisprudence*, pág. 161.

[28] *Op. cit.*, pág. 29.

[29] *Ibid.*, pág. 31.

[30] *Ibid.*, pág. 36.

[31] *Op. cit.*, nota 3, pág. 462.

informe), « ... la afirmación de principio según la cual los tratados no tienen más que un efecto relativo no debe tomarse al pie de la letra » lo que esto significa es que, si bien el tratado no puede por sí solo obligar ni dar derechos a terceros Estados, éstos pueden quedar obligados a adquirir derechos independientemente pero de manera similar o paralela a las disposiciones del tratado, o pueden ser afectados por éstas de una forma tal que tenga consecuencias jurídicas, o bien tener o adquirir, según el derecho internacional general, ciertas obligaciones o ciertos derechos *en relación con* el tratado.

18. *Párrafo 2.* En este párrafo se definen las expresiones « *(efectos) in detrimentum* » e « *in favorem tertiis* » que, como se dice en el párrafo 6 de la introducción, se utilizan en todo el texto como expresiones combinadas convenientes cuando no se quiere indicar ningún efecto particular sino abarcar toda la gama, muy considerable, de las distintas clases de efectos que pueden tener las disposiciones de un tratado. No todas ellas se limitan a imponer una obligación o a conferir un derecho. Por lo demás, este párrafo no necesita explicación.

19. *Párrafo 3.* No es necesaria ninguna observación particular.

ARTÍCULO 5. PRINCIPIOS EN QUE SE FUNDAN LOS CASOS DE TRATADOS QUE PUEDEN TENER EFECTOS *in detrimentum* O *in favorem tertiis* O DAR LUGAR A ELLOS

20. *Párrafo 1.* Es tan claro que todo comentario al mismo sólo sería una repetición, en forma desarrollada, de lo que ya se dice en él. De lo que se trata es de intentar discernir y aislar los principios más destacados a base de los cuales se puede decir que los tratados tienen ciertos efectos *in detrimentum* e *in favorem tertiis* a pesar de la regla general de los *pacta tertiis* y sin infringirla. En este párrafo se enumeran tales principios, que son cuatro (o cinco, si se incluye el principio de que cuando hay *damnum sine injuria* no existe acción legal en los casos en que no haya base para la responsabilidad absoluta; se podría haber mencionado este principio como una subdivisión del que lleva el número iv), ya que es aplicable al caso en que un tercer Estado no dispone de acción legal si accidentalmente sufre daños o perjuicios como consecuencia de un tratado intrínsecamente lícito y que no infrinja ningún derecho *legal* del Estado afectado). En cierto modo, también es aplicable el principio de la no intervención.

21. Algunos de los principios mencionados son evidentes; por ejemplo, el de que un tercer Estado contrae obligaciones conforme a un tratado (o, en rigor, como consecuencia de él) y análogamente adquiere derechos o beneficios si concluye a tal efecto otro tratado distinto con las partes. Desde luego, en realidad los efectos se producen en tal caso como consecuencia de este otro tratado, y sólo en virtud de él queda obligado o puede reclamar el tercer Estado. Algunos otros de los principios indicados no son tan claros. En los libros se citan muchos casos concretos o categorías de casos concretos como los de los tratados que contienen arreglos internacionales, o por los que se desmilitariza alguna región, se transfiere un territorio, o se crea una servidumbre; con frecuencia se hace esto sin relacionar tales categorías de casos con ningún principio general tal como, por ejemplo, el del deber de respetar los actos internacionales válidos que no infrinjan los derechos legales del tercer Estado. El principio en que se funda este deber comprende el respeto de los derechos adquiridos, el reconocimiento de los efectos « dispositivos » de los tratados conforme a cláusulas ejecutadas, y muchas otras cosas. Del mismo modo, a menudo se afirma que « por regla general » los tratados por los que se establecen regímenes de cursos de agua internacionales tienen aplicación *erga omnes*, pero sin relacionar este hecho con el principio de que si se sigue un curso de agua que atraviese el territorio de otro Estado, tal utilización ha de ajustarse necesariamente a cualesquiera disposiciones contenidas en tratados válidos que regulen la navegación en tal curso de agua. Aquí hay una correlación más o menos automática — « los derechos llevan consigo obligaciones » — y no es necesario realmente recurrir a la idea de un tratado de naturaleza *erga omnes*. Otra cuestión es si el Relator Especial ha expuesto los principios correctos o los principios mejores que explican los diferentes casos concretos. Fácilmente se ve que en ciertos puntos se podría adoptar una opinión distinta. Lo esencial es que hay que buscar y hallar alguna base de principio.

22. Se pueden añadir algunas palabras sobre los epígrafes A y B del párrafo 1 del artículo 5. Es evidente que los efectos que tienen los tratados respecto a terceros Estados se pueden dividir en dos grupos principales. Por una parte hay los efectos que de muy diversos modos llevan a una situación, o consisten en una situación en que se encuentra el tercer Estado cumpliendo o disfrutando, si no las mismas obligaciones y derechos del propio tratado como tales, sí obligaciones y derechos por lo menos similares, análogos o paralelos. Si el tratado impone alguna conducta determinada, el tercer Estado puede encontrarse a su debido tiempo actuando de esa forma, no como consecuencia del tratado como tal, sino por ejemplo porque, por medio del tratado, dicha conducta ha pasado a formar parte del acervo general del derecho internacional consuetudinario, y de esa forma, por esa razón y de ese modo ha pasado a ser obligatoria para todos los Estados, aunque no fueran partes en el tratado original. Por otro lado hay la otra categoría principal de « efectos ». En ella no aparece el tercer Estado cumpliendo en modo alguno las obligaciones del tratado, ni directamente, ni por analogía, ni por ninguna razón o en ninguna forma. El « efecto » consiste simplemente en que el tercer Estado se ve obligado a adoptar cierta actitud hacia el tratado, su contenido y sus consecuencias: una actitud de reconocimiento, respeto, no injerencia, tolerancia, paciencia, según el caso. Aquí se podría invocar el principio de la no intervención, pero en realidad se trata de un deber de carácter más amplio: el de respetar los actos internacionales válidos. Este último principio es también mucho más satisfactorio que la idea de que ciertos tipos de tratados llevan inherentes efectos *erga omnes*. En todo caso, la distinción entre los dos tipos de « efectos » indicados es muy claro, incluso aunque haya ciertas zonas en que se superponen ligeramente, y el admitirlo así ayuda mucho a no desorientarse en esta materia.

23. *Párrafo 2.* Se le incluye para que se tenga presente este punto desde ahora. Los comentarios al mismo se reservan para más adelante.

DIVISION B. DERECHOS Y OBLIGACIONES *INTER SE* DE LAS PARTES EN UN TRATADO COMO CONSECUENCIA DE ESTIPULACIONES RELATIVAS A TERCEROS ESTADOS

ARTÍCULOS 6 Y 7. CASOS DE PACTOS IN *detrimentum* E *in favorem tertiis*, RESPECTIVAMENTE

24. Conviene estudiar juntos estos dos artículos. Es evidente, aunque no se suele decir específicamente en las obras sobre la materia, que la cuestión de los terceros Estados en relación con los tratados en los que no son partes tiene dos aspectos distintos. El aspecto más usual, o por lo menos el que da lugar a problemas con más frecuencia, es el de la posición del propio tercer Estado: hasta qué punto resulta afectada o puede ser afectada dicha posición por el tratado y en qué circunstancias, si las hay, puede el tercer Estado contraer obligaciones o adquirir derechos por razón del tratado, aun no siendo parte en él. El otro aspecto no se refiere a la situación del tercer Estado sino a la de las partes *inter se* en los casos en que los que el tratado dispone que una o más de ellas habrán de tomar ciertas medidas con respecto a un tercer Estado, o habrán de darle cierto trato.

25. El principio general de los artículos 6 y 7 es perfectamente claro y evidente por sí mismo en el caso de un tratado que conceda derechos o ventajas a terceros Estados. Si en virtud de un tratado una de las partes se compromete a conceder ciertas ventajas a un Estado que no es parte en él, es de suponer que ello se debe a que la otra parte está interesada directamente en que el tercer Estado afectado reciba dicho trato de favor y, por consiguiente, si no se le concede, la otra parte tiene derecho a reclamar.

26. *Párrafos 1 y 2 del artículo 6.* En principio la situación es exactamente la misma cuando un tratado no tiene por finalidad conceder derechos sino imponer responsabilidades o incapacidades a un tercer Estado, o crear una situación desfavorable para el mismo. Desde luego tal comportamiento puede ser ilegal, pero éste es otro problema. Para los fines que nos ocupan hay que suponer que no existe ninguna ilegalidad. Puede ocurrir, por ejemplo, que habiendo contraído las partes ciertas obligaciones en virtud del tratado, se comprometan además a hacer cuanto puedan para que otros Estados obren de forma similar. Este es precisamente el principio contenido en el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas; también puede verse una disposición bastante similar recogida en el Tratado Antártico, recientemente concluido, y que se cita después, en el párrafo 54. En tales casos, así como en muchos otros que se pueden imaginar, el hecho de que el tercer Estado no tenga ni pueda tener ninguna obligación directa en la materia, por no ser parte en el tratado, no libera por sí solo a las partes de la obligación de procurar, en la medida en que puedan hacerlo sin ninguna ilegalidad, que el tercer Estado ajuste su conducta o su actividad a las disposiciones del tratado. Toda parte en el tratado que no se comporte así en relación con dicho tercer Estado incurrirá, de acuerdo con las circunstancias, en incumplimiento de aquel, incumplimiento que podrá ser atacado por las restantes partes. Sin embargo, hay que destacar que esta situación no puede originar ninguna obligación propiamente dicha para el tercer Estado (véase párr. 28 de este informe).

27. Igualmente hay que subrayar que si bien en tal situación el tercer Estado no tiene jurídicamente ninguna obligación, tampoco tiene ningún derecho a proceder por las vías de derecho en el caso de que se puedan cumplir y se cumplan las disposiciones del tratado relacionadas con él, a menos, desde luego, que sean ilegales de algún modo o que su cumplimiento implique ilegalidad. Este último punto se estudia en el próximo párrafo.

28. « ...y siempre y cuando puedan hacerlo así sin infringir ningún otro tratado aplicable ni ninguna regla general de derecho internacional... » Huelga decir que las disposiciones de este tipo sólo pueden ser aplicadas a un tercer Estado si él consiente en ello, o si no sólo cuando sea posible hacerlo legalmente sin su consentimiento y en la medida en que se pueda; por ejemplo, sin infringir ningún otro tratado o norma general del derecho internacional aplicables. Las partes en un tratado no pueden arrogarse el derecho de aplicar a un tercer Estado medidas con las que se contravengan los tratados o las normas generales del derecho aplicables, o de imponerle una conducta dada en análogas condiciones. No creemos que el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas persiga una finalidad distinta, a pesar de su redacción un tanto categórica, y el Artículo 103 sólo puede aplicarse, por hipótesis, respecto de los tratados concluidos entre Estados Miembros. Hay que suponer que la Carta, aún menos que los demás instrumentos, no ha de ser interpretada de forma que lleve a contravenciones de tratados o de las normas generales del derecho.

29. *Párrafo 3 del artículo 6.* No sólo no quedan liberadas las partes de las obligaciones contraídas *inter se* en virtud de un tratado por el hecho de que éste imponga incapacidades o desventajas a un tercer Estado, sino que tampoco quedan liberadas meramente porque el tercer Estado declare que no acepta las disposiciones del tratado. Parece ser que sólo en dos casos repercute la actitud del tercer Estado en la obligación de las partes: cuando es condición del tratado que el tercer Estado acepte la responsabilidad u otra situación en que le coloca aquél, o bien cuando la disposición del tratado es de tal naturaleza que su objeto, y la consecución del mismo, serían ilegales sin el consentimiento del tercer Estado de que se trate.

30. El artículo 7 se ocupa del caso de los tratados por los que las partes se comprometen a conceder ciertos derechos o ventajas a un tercer Estado, como por ejemplo los tratados que dispongan la transmisión de territorio a un tercer Estado, o el ejercicio por éste de ciertos derechos en el territorio de una de las partes, o la devolución de ciertos bienes al tercer Estado. Los tratados de paz contienen con frecuencia tales disposiciones. Como se verá después, es posible que los efectos de un tratado de este tipo puedan consistir en dar al mismo tercer Estado ciertos derechos directos, de forma tal que tenga derecho a reclamar si no se cumple el tratado a tal respecto. La cuestión es que sea éste el caso o no, e incluso aunque no se pueda decir que el tercer Estado disfruta por razón del tratado de ningún derecho directo que pueda hacer valer, las partes en el mismo siguen teniendo *inter se* la obligación de conceder al tercer Estado los derechos o el trato estipulados. En suma, si una de ellas no lo hace así quedaría incumplido el tratado, y la otra parte o las otras partes tendrían derecho a

reclamar contra ello, aun cuando el tercer Estado carezca legalmente de toda acción.

DIVISION C. SITUACION DE LOS TERCEROS ESTADOS EN RELACION CON EL TRATADO [32]

SUBDIVISION I. PRESUNCIONES Y METODOS DE CLASIFICACION

ARTÍCULO 8. PRESUNCIONES

31. *Párrafo 1.* Debido a la fuerza del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, que se deriva a su vez del principio básico de que el consentimiento es el fundamento de la obligación internacional (aunque no, como ya se señaló en otra parte de esta serie de informes [33], de la norma antecedente de que el consentimiento crea la obligación), debe existir la presunción natural de que un tratado dado *no* surte efectos *in detrimentum* ni *in favorem tertiis*; y en caso de duda hay que regirse por esta presunción.

32. *Párrafo 2.* Pero es evidente que la presunción sólo puede aplicarse a la cuestión de saber si las disposiciones mismas del tratado afectan al tercer Estado, es decir, de si éste debe ejecutarlas como si fueran obligaciones o tiene derecho a gozar de los beneficios. La presunción no puede referirse ni afectar a las obligaciones (o derechos) que el tercer Estado tenga en relación con el tratado en virtud de los principios generales del derecho, si estas obligaciones (o derechos) son conformes a la ley y no infringen ningún derecho legítimo del tercer Estado. Por ejemplo, la obligación de no estorbar la debida ejecución del tratado, de respetar sus cláusulas dispositivas, etc. Las obligaciones de este tipo que tienen los terceros Estados en relación con un tratado son independientes y objetivas, y las presunciones no las alteran.

33. *Párrafo 3.* La presunción pierde fuerza de todos modos, e incluso puede quedar destruida en el caso de tratados como los que contienen arreglos internacionales o cláusulas de neutralización o desmilitarización que con frecuencia se consideran (aunque tal vez con dudosa justificación [véase el final del párrafo 22 *supra*]) efectivas *erga omnes*. El punto deberá examinarse en cada caso particular.

34. *Párrafo 4. Per contra*, la presunción se hace mucho más fuerte y puede llegar a ser virtualmente absoluta, en los casos en que el tercer Estado tiene la posibilidad de llegar a ser parte en el tratado por ratificación o adhesión o por cualquier otro procedimiento especial que se haya previsto. Estos casos son claramente diferentes de aquellos en que el tercer Estado no tiene ninguna dificultad inherente de participación y sólo puede llegar a ser parte en el tratado si las mismas partes incluyen alguna disposición especial *ad hoc* a este efecto o lo admiten expresa y especialmente como parte en el tratado. La proposición enunciada en el párrafo que estamos comentando no tiene ningún texto en su apoyo; pero en principio la consideramos correcta y sumamente útil para determinar las circunstancias en que razonablemente puede estar o no implícito un efecto *in detrimentum* o *in favorem* de los terceros Estados. Es así porque parece evidente que cuando en el tratado mismo existen disposiciones sobre la admisión de terceros Estados, si esos terceros Estados desean acogerse a los beneficios del tratado o disfrutar de los derechos que en él se establecen, o están dispuestos a asumir sus obligaciones, el sistema correcto será hacer uso de la facultad de participar en él. En estas circunstancias, por consiguiente, y en relación con este tipo de tratado, existiría una presunción *prima facie* bastante fuerte (aunque tal vez no siempre necesariamente concluyente) de que no se ha querido que los terceros Estados, mientras conserven la condición de tales, se beneficien de la existencia del tratado ni tampoco que asuman responsabilidad alguna por razón del mismo. En cambio, cuando un tercer Estado es afectado en cualquier forma por un tratado en el cual no puede llegar a ser parte salvo dispensa especial de las partes existentes posiblemente sea más fácil, más natural o más equitativo, según el caso, considerar que el tratado produce indirecta o incidentalmente ciertos efectos en relación con esta parte. Huelga decir que, como se desprende implícitamente del comienzo del párrafo 1 del artículo 8, todo dependerá de la interpretación del tratado en relación con las circunstancias del caso.

35. *Párrafo 5.* Lo dicho en este párrafo es sencillamente una consecuencia de lo anterior. El párrafo 4 sólo se aplica a los casos de terceros Estados que pueden firmar y ratificar el tratado o adherirse al mismo. No basta simplemente que el tratado contenga cláusulas de adhesión; para que el párrafo 4 entre en juego el tercer Estado interesado debe estar comprendido en las disposiciones correspondientes si esas disposiciones limitan la clase de Estados que tienen la facultad de adherirse al tratado.

ARTÍCULO 9. MÉTODOS DE CLASIFICACIÓN

36. *Párrafos 1 a 5 y 9.* Este artículo, como los correspondientes de proyectos anteriores, es puramente analítico. No es necesario que figure en ningún proyecto que pueda completar la Comisión, pero se ha incluido aquí porque es indudablemente la mejor manera de ver qué es lo que comprende el tema en su totalidad y cuáles son, además, los distintos principios jurídicos que entran en juego en sus diversos aspectos. Como en el caso del tema de la extinción de los tratados, existe una tendencia natural a confundir los procesos con los principios [34], lo que en este caso significa confundir los procesos mediante los cuales pueden producirse efectos en relación con los terceros Estados, con los principios que son causa de que esos procesos produzcan los referidos efectos. Otro método de clasificación, que ofrece interés, se basa en la naturaleza de los efectos mismos. A los fines de la comparación presentaremos más adelante por separado y a título de variante otra serie de artículos que abarquen las materias que figuran en la Subdivisión II de la División C del texto. Un cuarto método de clasificación, menos importante, toma en consideración el carácter del tratado que produce efectos en relación con los terceros Estados.

[32] Para que correspondiera lógicamente con el título de la División B, esta sección hubiera podido llamarse algo así como: « Relaciones de las partes con terceros Estados ». Pero ello no sería totalmente correcto: a ciertos respectos, el tercer Estado tiene una relación con el tratado, más bien que con las partes.

[33] Véase, por ejemplo, en el cuarto informe (A/CN.4/120) que figura en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, de 1959, vol. II, párr. 15 del comentario al inciso 1 del artículo 3 del texto.

[34] Véase el Segundo Informe del Relator Especial, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1957 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1957.V.5, vol. II, pág. 46, párr. 39.

Como los fundamentos y los efectos de los distintos métodos de clasificación se desprenden claramente del texto de los párrafos pertinentes del artículo 9, no nos proponemos extendernos más aquí sobre este punto. Es evidente, sin embargo, que cualquiera de estos métodos de clasificación abarca más o menos la misma esfera y la abarca en su totalidad [35]. La selección es simplemente una cuestión de conveniencia o de armonía (véase *supra* párr. 38).

37. *Párrafo 6.* En él se señala un punto que tal vez habría pasado inadvertido y que en todo caso se refiere a una de las distinciones de mayor importancia para comprender el tema en general. Algunos de los « efectos » de los tratados en relación con los terceros Estados, cuando se producen en debida forma (es decir, por ejemplo, por consentimiento) son activos y positivos: el tercer Estado hace algo, cumple una obligación o ejerce un derecho. Otros « efectos » son puramente pasivos o negativos: el tercer Estado reconoce, respeta, tolera, se abstiene de intervenir, etc.

38. *Párrafo 7.* Como con tanta frecuencia ocurre en estos casos, en la práctica se tropieza con dificultades e inconvenientes para atenerse rígidamente a cualquiera de los distintos métodos de clasificación señalados, si se consideran por sí solos exclusivamente; y, de todos modos, con los fines inmediatos, parece preferible adoptar un sistema más bien mixto y ecléctico. El método adoptado no es ni enteramente lógico ni el más armonioso; pero tiene la ventaja de presentar el tema con la mayor amplitud posible, lo que permite examinarlo completamente. Este sistema se basa principalmente en el método iii) — naturaleza de los actos y procesos concretos mediante los cuales se producen ciertos efectos en relación con terceros Estados —, ya que en la práctica la cuestión se presenta en esta forma la mayoría de las veces; pero tiene también algunos elementos tomados de los demás métodos, en particular del método ii). Como la naturaleza de esta clasificación se desprende claramente de los títulos de las subdivisiones y secciones del texto, no es necesario comentarla a quí. Pero esos títulos deben estudiarse cuidadosamente porque en cierto sentido constituyen una exposición resumida de toda la cuestión. Puede mencionarse especialmente un punto: el método escogido tiene la ventaja, por lo menos con fines de estudio, de atenerse principalmente a la presentación del tema que se hallará en los textos, procurando al mismo tiempo mejorar su estructura y sus fundamentos de principio. Con este fin se mantienen totalmente separadas las situaciones *in detrimentum* y las situaciones *in favorem*. Pero esta separación es un tanto artificial y es más una cuestión de conveniencia que una cuestión esencial. Aunque haya uno o dos puntos que son peculiares al caso de las obligaciones exclusivamente, o al caso de los derechos exclusivamente, en general es posible incluir juntos tanto unas como otros (o, mejor dicho, los efectos *in detrimentum* y los efectos *in favorem*) en todos los títulos y subtítulos.

[35] Por ejemplo, seleccionando sobre la base del método iv) el tipo de tratado que produce efectos con relación a los terceros Estados, podrá decirse que el proceso en virtud del cual se consideran aplicables *erga omnes* las disposiciones de los llamados « tratados-leyes », podría, por otra parte, ser sencillamente considerado como un proceso (método iii)) basado en el principio (método ii)) de que la « práctica constante » hace que una norma general se convierta en norma de derecho internacional consuetudinario, y que el tipo de efecto que se produce en este caso (método i)) consiste en que el tercer Estado debe observar la misma norma que figura en el tratado, aunque en realidad la observe como norma de derecho consuetudinario y no como disposición del tratado (simplemente se ha hecho consuetudinaria por conducto del tratado).

SUBDIVISION II. EFECTOS DE LOS TRATADOS IN DETRIMENTUM *E* IN FAVOREM TERTIIS

SECCIÓN 1. EFECTOS *in detrimentum tertiis*

SUBSECCIÓN i). EFECTOS O CONSECUENCIAS ACTIVOS O POSITIVOS *in detrimentum tertiis* (EL TERCER ESTADO PUEDE TENER OBLIGACIONES EN VIRTUD DEL TRATADO, U OBLIGACIONES ANÁLOGAS O PARALELAS A LAS CONTENIDAS EN EL TRATADO)

Rúbrica a). *Efectos* in detrimentum *producidos por un acto de voluntad del tercer Estado*

Subrúbrica *a*) 1. Efectos directamente producidos por el tercer Estado

39. Esta sección trata exclusivamente de los efectos *in detrimentum* y la subrúbrica se refiere a los efectos activos o positivos, por contraposición a los efectos pasivos o negativos. La rúbrica *a*) se refiere al caso de los efectos *in detrimentum* de esta índole producidos por un acto de voluntad del tercer Estado mismo. Este acto de voluntad puede ser directo (el tercer Estado consiente) o indirecto (el tercer Estado hace algo que correlativamente lleva aparejados para ese Estado efectos *in detrimentum* producidos por el tratado o en virtud del mismo). La subrúbrica *a*) 1 se ocupa del primer caso, y la subrúbrica *a*) 2 (véanse *supra*, párr. 48 a 54) del segundo.

ARTÍCULO 10. SITUACIÓN DE UN TERCER ESTADO SIGNATORIO DE UN TRATADO (PERO QUE TODAVÍA NO ES PARTE EN EL MISMO), EN RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS FORMALES DEL TRATADO Y, EN PARTICULAR, EN LO QUE RESPECTA A LA PARTICIPACIÓN DE OTROS ESTADOS QUE TIENEN LA FACULTAD DE PARTICIPAR EN EL TRATADO EN VIRTUD DEL MISMO

40. *Párrafo 1.* Este artículo tiene una importancia relativamente secundaria. En él, sin embargo, se presenta el caso en que un Estado, que técnicamente es un tercero (porque aún no es parte en el tratado, a pesar de no ser totalmente ajeno al mismo), tiene obligaciones que nacen del tratado. Ello se explica, naturalmente, diciendo que aunque la firma de un tratado sólo implica un consentimiento provisional respecto a las disposiciones de fondo del mismo, implica algo que es en realidad un consentimiento final y definitivo respecto a sus cláusulas formales o a aquellas cláusulas formales que se refieren a cuestiones como la ratificación, la adhesión o la entrada en vigor. Puede decirse, pues, que el tercer Estado es parte en la parte del tratado que contiene las cláusulas formales, y, por consiguiente, que no es un tercero respecto a esa parte del tratado. Así será, pero parecía conveniente mencionar el caso aquí.

41. *Párrafo 2.* Esta cuestión merece ser mencionada por separado como aplicación importante de la norma.

ARTÍCULO 11. CASO DE ACUERDO EXPRESO DEL TERCER ESTADO CON LAS PARTES EN EL TRATADO, O CON UNA O ALGUNA DE ELLAS, O CON OTRO TERCER ESTADO INTERESADO

42. Huelga decir que un tercer Estado, como ya hemos explicado, no podrá nunca contraer una obligación ni

quedar sujeto a una responsabilidad directa por razón de un tratado en el cual no es parte; dicho en otras palabras, no podrá hallarse nunca en esa situación por la simple existencia del tratado. Pero puede colocarse en esa situación por sus propios actos, en cuyo caso se convierte en una parte que ha consentido y no hay infracción de la norma de que los Estados sólo pueden quedar obligados si consienten en ello. (Aunque ello no guarde relación inmediata con lo que aquí se dice, podría añadirse que también es posible que en ciertas circunstancias intervenga una norma de derecho internacional que coloque al tercer Estado en la misma situación, es decir, que le obligue a ajustarse a disposiciones contenidas en un tratado en el que no es parte; pero en esos casos se considera, naturalmente, que los Estados son *ipso facto* y *a priori* partes aquiescentes en las normas generales y aceptadas del derecho internacional. Rousseau [36] dice, en general, que « Aun sin mencionar el caso en que ciertas disposiciones convencionales se aplican a título de normas de derecho consuetudinario a Estados que no han participado en la preparación de esos textos, hay hipótesis bastante frecuentes en las que los tratados... resultan obligatorios para esos Estados ».)

43. *Párrafo 1.* Un tercer Estado puede aceptar en un instrumento separado las obligaciones impuestas por una estipulación de un tratado en que no es parte, o contraer esas obligaciones también en virtud de un instrumento separado. De los casos de este tipo se han dado ya ejemplos con referencias a decisiones de la Corte Permanente de Justicia, y citas de las mismas, en los casos de la *Jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional del Río Oder* y del *Trato de los nacionales polacos en Danzig* (véanse párrs. 11 y 12). Es totalmente indiferente (véanse casos *a*, *b* y *c* de este párrafo) que el acuerdo se concluya con todas las partes en el tratado o sólo con una o varias de ellas o con otro tercer Estado interesado. El tercer Estado queda obligado en todos los casos.

44. *Párrafo 2.* Es evidente que la obligación del tercer Estado surge y existe únicamente en virtud del acuerdo celebrado por separado y no en virtud del tratado original. Pero a veces eso no se ve claramente porque en la forma el tercer Estado conviene (aunque por separado) en obligarse a ejecutar (o respetar) las disposiciones del « artículo X del tratado Y », lo que podría parecer que le transforma en una especie de parte en el tratado Y. Huelga decir que no es así: el tercer Estado suscribe simplemente una obligación análoga o similar, como se vería claramente si la estipulación consistiera (como puede ocurrir) en repetir los *ipsissima verba* del artículo X del tratado Y sin mencionar el tratado.

ARTÍCULO 12. CASO EN QUE EL TERCER ESTADO ASUME OBLIGACIONES O RESPONSABILIDADES, O ACEPTA OTROS EFECTOS IN DETRIMENTUM, POR MEDIO DE UNA DECLARACIÓN UNILATERAL

45. *Párrafo 1.* Sin duda cabe plantearse la cuestión de si pueden contraerse obligaciones exigibles por una declaración puramente unilateral. Pero ése es otro asunto. Se ha procurado dar a este párrafo una redacción que no prejuzgue la cuestión de las circunstancias en que una declaración puramente unilateral puede crear en derecho internacional obligaciones exigibles para el Estado declarante. Esta cuestión, como ya se ha dicho en otra oportunidad [37], no forma parte, a decir verdad, del tema que se examina, ya que una declaración unilateral, aunque puede ser uno de los medios por los que se crean obligaciones para los Estados, no es un *tratado*, y hay por supuesto varios modos (y la declaración unilateral es uno de ellos) por los que pueden surgir obligaciones para los Estados, aparte del acuerdo internacional propiamente dicho, es decir del tratado. El punto objeto del presente epígrafe es simplemente que, en la medida en que un Estado pueda asumir obligaciones mediante una declaración unilateral de tal carácter que pueden serle jurídicamente exigibles, necesariamente ha de ser también capaz de obligarse por tal medio a ejecutar las disposiciones de algún tratado ya existente o de asumir obligaciones o responsabilidades en virtud del mismo. En verdad, las declaraciones de esa clase no han sido raras. Pero no ha de pasarse por alto que en este caso, como en los contemplados en el artículo 11 (véase el párrafo 44 *supra*) el tercer Estado interesado sigue siendo un tercer Estado. No es parte aún en el tratado en relación con el cual asume obligaciones. Su obligación todavía no se deriva de ese tratado como tal, sino de la declaración unilateral que él mismo hace. Por consiguiente, no hay todavía ninguna excepción al principio fundamental de que los tratados no pueden crear directamente obligaciones para terceros Estados.

46. *Párrafo 2.* Este párrafo no exige ningún comentario aparte del que se hace anteriormente en el párrafo 44 en relación con la situación paralela que se plantea en virtud del artículo 11.

47. *Párrafo 3.* Este párrafo plantea una cuestión de cierta importancia. Pero como tal cuestión se presenta con caracteres mejor definidos aun en el caso de las disposiciones del tratado que tienen efectos *in favorem tertiis*, y como el principio que está en juego es exactamente el mismo, se reservan los comentarios pertinentes para más adelante (véanse párrs. 90, 93, 101, 103 y 105).

Subrúbrica *a)* 2. Efectos *in detrimentum* indirectamente producidos por el tercer Estado como consecuencia automática de actos que son propios del ejercicio de unos derechos en virtud del tratado, o del uso de un territorio marítimo o terrestre cuyas condiciones se rigen por el tratado

ARTÍCULO 13. REGLA APLICABLE EN RELACIÓN CON TODOS LOS TRATADOS

48. *Párrafo 1.* Aparte el hecho de que las consecuencias indicadas en este párrafo parecerían desprenderse como una cuestión de principio, tiene cierta autoridad la opinión de que un Estado que se conduce en esta forma — es decir, que se acoge a los beneficios de un tratado o que ejerce derechos en virtud del mismo — asume por este hecho las obligaciones correspondientes, aunque sólo sea la obligación general de observar el tratado y no violar sus disposiciones. Tal parece ser la opinión

[36] *Op. cit.*, nota 3, pág. 462.

[37] Véase el primer informe del Relator Especial, *loc. cit.*, pág. 117, párr. 8; véase también párr. 4 del artículo 1 de los artículos relativos a los tratados adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en 1959: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 11.ª período de sesiones* (A/4169), pág. 6; y párr. 10 del comentario al mismo, *ibid.*, pág. 9.

de Roxburgh, quien cita a Despagnet, el cual a su vez parece considerar que en este caso la conducta del tercer Estado implica una adhesión tácita al tratado [38]. Si ello es así, se trata entonces de otro caso de consentimiento (es decir, de consentimiento presunto) por el tercer Estado en relación con las obligaciones de que se trata. Tampoco en este caso se convierte el tercer Estado en parte en el tratado ni asume directamente ninguna de las obligaciones del mismo. En cierto sentido el caso es similar al examinado en el artículo 12. El tercer Estado, por su conducta, adopta unilateralmente una posición.

49. *Párrafo 2.* La regla indicada está condicionada en el párrafo 1 del artículo por las palabras « ... en circunstancias que necesariamente supongan y entrañen... » etc. Esta condición parece esencial; pero igualmente parece existir siempre la presunción *prima facie* de que tal condición se da.

ARTÍCULO 14. CASO DEL USO DE UN TERRITORIO MARÍTIMO O TERRESTRE SUJETO A UN TRATADO O RÉGIMEN INTERNACIONAL

50. *Párrafo 1.* Suele clasificarse este caso entre los previstos en el artículo 18 del texto y, por supuesto, tiene ciertamente algunas características comunes con esos casos o con la clase que representan. Existe, en particular, la semejanza superficial del tipo de instrumento en virtud del cual se establece el régimen de uso. Pero al Relator Especial le parece que estos casos, es decir, los comprendidos en el artículo 14, pertenecen a una categoría distinta. En los tipos de casos del artículo 18, en general el tercer Estado está llamado únicamente a reconocer, aceptar y no entorpecer el funcionamiento del régimen (por ejemplo, de desmilitarización) o del estatuto (por ejemplo, de neutralidad) establecido por el tratado, o las cláusulas dispositivas del tratado (por ejemplo, un traspaso de territorio), etc. Pero en los casos del tipo considerado en el artículo 14 se halla en juego un elemento más activo. El tercer Estado, o sus nacionales o naves, desea hacer uso del territorio marítimo o terrestre de que se trata y hacer uso de las disposiciones del tratado con ese fin. El caso es fundamentalmente igual al del artículo 13, y constituye en realidad un ejemplo especial del mismo. También en este caso obra, por consiguiente, una correlación automática. El tercer Estado, o sus nacionales o naves, desea acogerse a las disposiciones del tratado y, por consiguiente, debe observar sus disposiciones y las condiciones que en él se establecen.

51. El caso clásico es, por supuesto, el de los tratados que rigen el uso de vías internacionales de comunicación, en particular las vías de agua, que atraviesan el territorio de uno o más Estados. Ello se considera generalmente por los tratadistas como un caso independiente y objetivo de una clase de tratados que producen efectos *erga omnes*. Por supuesto, el artículo 14 trata tan sólo en realidad de un caso particular de un tipo general de tratados. Pero suele ser digno de mención especial porque es un caso frecuente e importante de esa clase de tratados y porque el principio del artículo 14 entra en juego casi a diario en relación con esta situación. Sin embargo, como se ha indicado, la mayoría de las autoridades en la materia (erróneamente, a juicio del Relator Especial) tienden a considerar el caso como un ejemplo de tratados que, por su naturaleza, producen efectos *erga omnes*. Así, dice Rousseau [39]:

> « En diversas oportunidades se ha considerado que los tratados relativos a las comunicaciones, tanto fluviales como ferroviarias, obligan indistintamente a todos los Estados ribereños o interesados, los que se reputa forman parte de una comunidad restringida y se hallan sometidos, por tal razón, a una reglamentación común y válida, sin necesidad de una aceptación expresa. »

Al Relator Especial le parece muy dudoso que pueda considerarse que cualquier tratado tiene automáticamente efectos *erga omnes*, a menos que el régimen que establezca sea tal que los terceros Estados puedan simplemente limitarse a reconocerlo y respetarlo, sin necesidad de asumir obligaciones concretas que exijan un consentimiento activo. Los tratados sobre cursos de agua parecen pertenecer más bien a esta última categoría que a la primera. Pero el punto que interesa es que el consentimiento necesario puede automáticamente considerarse implícito por el ejercicio de los derechos o facilidades que el tratado prevé. Otra posible explicación es considerar que esos derechos o facilidades constituyen por su naturaleza lo que los juristas de *common law* llaman *easement* (servidumbre activa) y, por consiguiente, conforme a los principios ordinarios, están sujetos a las condiciones de ese tipo de servidumbre.

52. Sin embargo, es indudable que, en la práctica y de hecho, los instrumentos que rigen el uso de vías fluviales internacionales tales como el Rin, el Danubio, el Oder, o algunas vías marítimas, como los canales de Panamá y Suez, los Sunds y los Belts, los Dardanelos y el Bósforo, para mencionar tan sólo algunos de los casos más destacados, han llegado a ser aceptados o reputados como efectivos *erga omnes*, y ello, por supuesto, se hace más manifiesto en lo que respecta a la cuestión de si confieren universalmente los derechos de paso previstos (véase más adelante, en relación con el artículo 26 del texto, los párrafos 104 y 105 de este comentario). En todo caso, como ya se ha indicado, es automático que si dichos instrumentos conceden derechos a los terceros Estados, deben también obligarlos, pues ello se deriva del uso efectivo de esas vías acuáticas, que en la práctica no puede realizarse sin observar las condiciones que lo regulan. Más aún, el hecho de estar dispuesto a observar esas condiciones y su cumplimiento habitual es precisamente lo que da al país interesado el *locus standi* necesario para protestar en caso de abuso, discriminación, etc., por parte de algún Estado ribereño. Lord McNair [40] cita un asunto interesante, examinado en 1850, que sirve para ilustrar tanto el principio de los derechos como el de las obligaciones de los terceros Estados; el ejemplo es notable en cuanto al último aspecto, ya que los terceros Estados que se consideraron obligados eran en realidad Estados ribereños y no simplemente usuarios del derecho de paso por la vía fluvial de referencia. Se trataba del Po, que a la sazón era todavía un río internacional que atravesaba territorio austríaco y territorios pertenecientes a varios Estados italianos. Conforme al arreglo general concertado

[38] Roxburgh, *op. cit.*, págs. 25 y 26.

[39] *Op. cit.*, vol. I, pág. 481.

[40] *Op. cit.*, págs. 319-320.

en Viena en 1815, el Po quedó colocado bajo el mismo régimen de navegación establecido para otros ríos internacionales por el Tratado de Viena; pero solamente Austria entre los Estados ribereños del Po era parte original en dicho Tratado. Cerdeña y Parma se habían adherido posteriormente, pero Módena y los Estados Pontificios no lo habían hecho. Lewis Hertslet, Bibliotecario del *Foreign Office* [41], al presentar al Abogado de la Reina la cuestión de la situación de los barcos británicos que utilizaban el Po, tras mencionar que los territorios pontificios y de Módena habían sido restituidos a sus gobernantes gracias a los esfuerzos de los aliados, restitución que se había confirmado por el Tratado de Viena (circunstancia que daba a entender debía considerarse suficiente para que esos Estados quedasen sometidos a las disposiciones de ese Tratado [42], añadía lo siguiente [43]:

« En el artículo 96 del Tratado se declara que los principios generales adoptados por el Congreso de Viena para la navegación fluvial se aplicarán al río Po.

« Entre las bases de esos principios generales se establece en el artículo 109 que la navegación de los ríos a lo largo de todo su curso, desde el punto en que empiezan a ser navegables hasta su desembocadura, será absolutamente libre, y que no estará prohibida a nadie cuando se efectúe con fines comerciales, a condición de que se respeten los reglamentos de policía y de navegación.

« Y en el artículo 110 se establece asimismo que el régimen de cobro de derechos y de mantenimiento de policía será en todo lo posible el mismo a lo largo de todo el curso del río y también en sus afluentes y ramales que separen o atraviesen distintos Estados.

« Parecería entonces que los buques mercantes británicos tienen derecho a navegar libremente por el Po, con sujeción al pago de los derechos de aduana y de policía que puedan establecer los diversos Estados cuyo territorio aquél atraviesa de conformidad con los reglamentos sobre el particular que deberán ser, sino lo han sido ya, convenidos entre los delegados de esos países, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 96 y 108 del Tratado del Congreso. »

En su respuesta, el Abogado de la Reina [44] dijo simplemente [45]:

« Opino que los Gobiernos de Roma y Módena, a pesar de no ser partes en el Tratado de Viena, se hallan obligados a permitir la navegación por el Po, como se menciona al final del memorándum del Foreign Office de fecha 2 de mayo último. »

En un caso posterior citado por McNair, Lord Phillimore, a la sazón Abogado de la Reina, hizo la declaración siguiente sobre el principio en juego, a saber, que ciertas situaciones son de interés y preocupación general para todos los Estados [46]:

« Es cierto, sin duda, que en circunstancias normales un tercer Estado no debe tener derecho a ingerirse en la cuestión de la interpretación de un tratado concertado entre otros dos Estados; pero en los últimos años se ha reconocido que esta importante cuestión del paso por el Istmo de Panamá y, en general, la de la comunicación entre el Océano Atlántico y el Océano Pacífico, afecta los intereses de todos los Estados civilizados, y el punto ha sido objeto de varios tratados y negociaciones. »

El Relator Especial no puede negar que los argumentos que reflejan esas citas se inclinan mucho hacia la teoría del « estatuto internacional » con efectos *erga omnes*, pero cree que el mejor punto de vista en el caso de la utilización de vías acuáticas y otras rutas de comunicación que atraviesan el territorio de un Estado y que están regidas por un tratado, es que el acto del usuario implica una aceptación de las condiciones de uso.

53. *Párrafo 2* del artículo 14. Tratados que prevén el uso internacional común de una zona. Es difícil decir si este tipo particular de casos — que en cierta medida constituye una novedad — puede reputarse comprendido (en cuanto se refiere a la situación de los terceros Estados que, sin ser partes en el tratado básico de establecimiento, hacen o desean hacer uso del territorio de que se trate) en los tipos de casos del artículo 18 o del artículo 14 — es decir, como un caso de « consentimiento presunto » o de « estatuto *erga omnes* » — en lo que se refiere a la obligación del tercer Estado de observar las condiciones que en el tratado se establecen para tal uso. En la práctica, puede afirmarse sin duda que cuando todos los Estados que tienen, reivindican o poseen títulos para reivindicar derechos territoriales sobre una región o zona determinada, o que en cualquier otra forma están directamente interesados en la misma, han establecido por tratado un régimen común de uso permanente o semipermanente de la región o zona que no menoscaba ni altera la situación de otros Estados ni afecta los derechos que les corresponden en virtud del derecho internacional general, es sumamente probable que ese tratado sea considerado, o llegue a reputarse, efectivo *erga omnes*.

54. A pesar de estas consideraciones, los casos de este tipo parecen tener más propiamente cabida en el artículo 14 (aunque en las palabras finales de este párrafo del artículo 14 se habla, tal vez con cierta falta de lógica, de efectos *erga omnes*). Los casos de este tipo no son frecuentes y deben siempre distinguirse de los casos más corrientes de regímenes especiales y puramente temporales establecidos para una zona determinada colocada bajo una autoridad internacional con un fin determinado (por ejemplo, la celebración de un plebiscito) o hasta que ocurra determinado hecho (por ejemplo, la conclusión de un tratado) [47]. El Tratado de la Antártida concluido recientemente y firmado en Wáshington

[41] A la sazón el *Foreign Office* carecía de una asesoría jurídica permanente. El Bibliotecario *(Librarian and Keeper of the Papers)*, como custodio de los tratados, podía plantear cualquier cuestión de interpretación de los tratados para su examen por los Consejeros Jurídicos de la Corona o por el Abogado de la Reina. Sobre este último cargo, véase nota 44.

[42] Hertslet no era abogado, y es evidente que éste es un argumento político más bien que un argumento jurídico válido.

[43] *Loc. cit.*, nota 40, pág. 320.

[44] John Dodson. La naturaleza del cargo de Abogado de la Reina se explicó en una nota al párrafo 76 del comentario del cuarto informe del Relator Especial (nota núm. 69, documento A/CN.4/120).

[45] *Loc. cit.*, nota 40 *supra*.

[46] McNair, *op. cit.*, pág. 317: informe de 13 de febrero de 1866.

[47] Pueden citarse los ejemplos del Sarre, de la Alta Silesia, de Trieste, etc., en diferentes épocas.

el 1.º de diciembre de 1959 [48], proporciona un ejemplo del tipo de tratado que se examina. Aunque hace reserva expresa de todas las cuestiones de soberanía, sin admitir ni rechazar ninguna reclamación, regula el uso común de toda la Antártida entre los 60º de latitud sur y el polo con fines científicos, de exploración y otros similares, y establece un sistema para fiscalizar y facilitar su funcionamiento. Prevé la adhesión de otros países, pero al mismo tiempo no parece excluir de la región a otros Estados no partes, dentro siempre de los límites del concepto del uso con fines científicos y geográficos. Tampoco pretende expresamente imponer ninguna obligación a los países no partes en el tratado. Sin embargo, resulta difícil creer que un Estado que, sin ser parte en el tratado enviase por ejemplo, una expedición científica a la Antártida (en particular, aunque no exclusivamente, si hiciese uso de las facilidades proporcionadas o convenidas por una o más de las partes contratantes, o en las reuniones periódicas de las partes que se prevén en el tratado) no se consideraría y se reputaría obligado a respetar las condiciones para el uso de la Antártida establecidas en el tratado, por ejemplo las relativas a la desmilitarización de la zona, a la prohibición de hacer ensayos nucleares, a la inspección de las bases, a la inmunidad de jurisdicción de los observadores, etc. Hay también una cláusula significativa (véanse el artículo 6 del texto actual y el párrafo 26 de este comentario) por la cual las partes se comprometen a « hacer los esfuerzos apropiados... con el fin de que nadie lleve a cabo en la Antártida ninguna actividad contraria a los propósitos y principios » del Tratado [49]. En el fondo de esta posición, como elemento causativo que afecta la actitud del tercer Estado, se halla una sanción simple, aunque indirecta — la medida de lo que le es posible hacer sin la cooperación de las partes — lo que a su vez es simplemente consecuencia de un principio fundamental : el carácter imperfecto del derecho internacional en cuanto carece de medios adecuados para hacer cumplir centralmente sus disposiciones — principio de la efectividad — sobre lo que pueden o no pueden hacer efectivamente los Estados actuando individualmente.

Rúbrica b). *Efectos* in detrimentum *producidos por aplicación de la norma de derecho*

Subrúbrica *b* 1. El tercer Estado es efectivamente o llega a ser parte en el tratado por aplicación de la norma de derecho

ARTÍCULO 15. CASOS DE SUCESIÓN, REPRESENTACIÓN Y PROTECCIÓN DE ESTADOS

54A. Los artículos 10 a 14, englobados bajo la rúbrica *a*), se refieren al caso de un tercer Estado que, si bien no tiene necesariamente ninguna obligación directa en virtud de un tratado, incurre en tal obligación o mejor dicho en obligaciones análogas en virtud de actos o conducta propios independientes del tratado, mientras que en el presente artículo se trata de concretar los casos en que, por aplicación de la norma de derecho, un Estado contrae obligaciones derivadas directamente de un tratado en el que no es ni era parte, en el sentido corriente de esta palabra.

55. *Subepígrafe* a). Un Estado puede asumir por sucesión obligaciones contraídas por otro en virtud de un tratado en las condiciones que estipulan las normas de derecho que rigen la sucesión entre Estados. En muchos casos, el Estado interesado se convierte con ello en parte activa del tratado, con lo que deja de ser un tercer Estado en relación con ese tratado, de suerte que este caso no constituye una verdadera excepción. Pero no siempre ocurre necesariamente así. Por ejemplo, si en virtud de una cesión o de algún otro medio de transferencia pasa a poder de un Estado una porción de territorio sujeta a una servidumbre que se estableció en virtud de un tratado entre el Estado a quien pertenecía anteriormente el territorio y algún otro Estado, puede ser que el Estado cesionario quede sujeto a la obligación, es decir, a la servidumbre, sin convertirse en parte en el tratado que la creó. Quizá pueda decirse que en tal caso ese Estado se convierte en parte en la obligación pero no en el tratado. Se trata sencillamente de un derecho *in rem* sobre el territorio, derecho que debe ser reconocido por cualquier Estado que esté en posesión de ese territorio. En todo caso, merece destacarse que la sucesión de Estado a Estado puede dar lugar a una especie de excepción relativa al principio general del *pacta tertiis*.

56. *Subepígrafe* b). Tampoco se trata en este caso de una verdadera excepción porque el Estado delegado se convierte en parte activa del tratado o debe considerarse como tal. Desde el punto de vista formal, no obstante, parece posible que un Estado A concierte un tratado en nombre de un Estado B, en virtud de un poder general otorgado por B a A para que actúe en su nombre en la esfera internacional (conservando B su soberanía e independencia plenas) y sin que B firme o ratifique de hecho ese tratado, y parece ser que se han dado casos en la práctica [50]. Roxburgh [51] expresa algunas dudas acerca de la existencia de tal derecho, pero reconoce que « ... puede darse el caso de que un tercer Estado adquiera derechos y obligaciones especiales en virtud del derecho internacional de representación ». Esta idea es sostenida por algunos autores, y a este respecto merece notarse el siguiente pasaje escrito por Rivier [52] :

> « ... puede ocurrir que un Estado contraiga obligaciones en nombre de otro, en calidad de mandatario o agente... También puede ocurrir que una Potencia incluya a otra, aliada suya, en un tratado de paz. Un Estado puede hacer una *sponsio* en nombre de otro o responder por él. »

57. *Subepígrafe* c). Este caso no constituye tampoco una excepción verdadera ya que el Estado protegido está obligado directamente por el tratado, aunque no sea parte en él en nombre propio. No obstante, merece mencionarse como cuasi excepción.

[48] El texto del tratado, junto con el Acta final de la Conferencia de la Antártida, celebrada en Wáshington, ha sido impreso en Londres, en un libro blanco, por H. M. Stationery Office, en la serie « Miscellaneous N.º 21 (1959) », siendo la referencia « Command Paper 913 of 1959 ».

[49] También es de interés señalar, considerando lo que se ha dicho antes en el párrafo 28, que esta disposición dice expresamente que los « esfuerzos apropiados » que han de hacer las partes deben ser « compatibles con la Carta de las Naciones Unidas ».

[50] Las relaciones entre Suiza y Liechtenstein, entre Francia y Mónaco, entre Italia y San Marino, por ejemplo, no son relaciones entre Estado protector y Estado protegido.

[51] *Op. cit.*, pág. 96.

[52] Alphonse Rivier, *Principes du droit des gens*, vol. II, pág. 89.

Subrúbrica *b*) 2. Por aplicación de la norma de derecho el tercer Estado queda sometido a obligaciones análogas a las que figuran en el tratado y que se aplican como normas consuetudinarias de derecho internacional

ARTÍCULO 16. CASO DE OBLIGACIONES QUE ADQUIEREN VIGENCIA EN DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO POR MEDIO DE LA APLICACIÓN DE TRATADOS-LEYES O TRATADOS NORMATIVOS

58. *Párrafo 1.* En este artículo se trata de describir un proceso y no de formular una regla. El que un tratado tenga los efectos enunciados dependerá de cierto número de factores indeterminados, tales como sus estipulaciones concretas, la índole de su objeto, las circunstancias en que se ha concertado, el número de Estados que lo han suscrito, la importancia relativa de estos Estados respecto al objeto del tratado [53], la historia del tratado después de su conclusión, la cuestión con la que está relacionado, etc. Es bien sabido que cierto número de tratados-leyes o tratados normativos importantes han tenido tal efecto. Como dice Roxburgh [54],

> « En la práctica, este proceso de transformación de la regla convencional en regla consuetudinaria no sólo es posible sino que ocurre con mucha frecuencia. »

Algunos de estos tratados han codificado o recogido en gran parte el derecho consuetudinario vigente, otros han formulado nuevas reglas consideradas apropiadas o convenientes por los Estados que los suscriben. Muchos han hecho ambas cosas. En el primer caso, las reglas recogidas en el tratado, al representar de hecho el derecho consuetudinario vigente, ya son obligatorias para todos los Estados porque forman parte del derecho internacional general, y lo que ocurre realmente en estos casos es que la formulación particular de la regla vigente tal como se enuncia en el tratado llega a ser, más o menos gradualmente, aceptada universalmente como expresión o formulación correcta de esa regla. En el segundo caso, si las nuevas reglas resultan útiles en la práctica, al ser aplicadas por las partes en el tratado y en sus relaciones entre ellas, y si se prestan también a más amplia aplicación, pueden llegar a ser aceptadas y pasar a formar parte del *corpus* general del derecho internacional, por lo que adquieren la condición de normas generales de derecho, en vez de ser simples reglas de un tratado que obligan únicamente a las partes en el mismo, y como tales, son o llegan a ser obligatorias para todos los demás Estados, aunque éstos no sean partes en el tratado. A este respecto, de Martens dice lo siguiente [55] :

> « A veces, incluso, las normas de un tratado relativas a ciertas Potencias son observadas respecto a otras por un simple uso, de tal suerte que un mismo punto puede ser de derecho convencional para algunas Potencias y de derecho consuetudinario para otras. »

De modo análogo, Alvarez [56] dice que en tal caso

> « Las reglas han cambiado de carácter y ya no pueden considerarse como contractuales sino como consuetudinarias. »

59. Entre los tratados más conocidos de esta clase y los que con más probabilidad llegarán a pertenecer a ella, figuran los siguientes :

Reglamento de Viena, sobre categorías y orden de precedencia entre los agentes diplomáticos, elaborado durante el Congreso de Viena de 1814-1815 y el Congreso de Aquisgrán de 1818;

Declaración de París, de 1856, sobre corso, bloqueo y cuestiones afines;

Convenios de La Haya de 1899 y 1907 sobre derecho de guerra, neutralidad, etc.;

Declaración de Londres, de 1909, sobre cuestiones análogas;

Convenciones de París, de 1919, y de Chicago, de 1944, sobre navegación aérea;

Convenios Internacionales para las líneas de carga y para la seguridad de la vida humana en el mar;

Convenios de la Cruz Roja, concertados en Ginebra en 1929 y 1949, relativos al trato de prisioneros de guerra y cuestiones afines y

Convenciones de Ginebra de 1958 sobre derecho del mar.

En esa lista figuran algunos instrumentos, tales como el Reglamento de Viena y la Declaración de París, cuyas partes originales fueron pocas; pero como en el primero de esos tratados participaron los miembros del « concierto europeo » y en el segundo las principales potencias navales de la época [57], los tratados tenían suficiente prestigio para que sus disposiciones se consideraran en general como derecho aceptado. De modo similar, otro instrumento, la Declaración de Londres, jamás fue ratificado ni entró en vigor. Sin embargo, se aplicó de hecho en la primera guerra mundial hasta que las circunstancias de la guerra cambiaron de tal manera que su aplicación resultó imposible. En cambio, hay tratados de carácter esencialmente legislativo, que han sido firmados por un número considerable de países y que, sin embargo, no han sido aceptados universalmente como instrumentos que contienen normas de derecho generalmente aceptadas; tal es el caso de las Convenciones de Bruselas sobre naves del Estado. Esto demuestra que el proceso que se examina aquí no se rige por consideraciones formales sino por elementos de un carácter imponderable.

60. Este proceso, cuando se produce, puede asemejarse, a título de ejemplo, a lo que ocurre cuando los lexicógrafos recopilan un diccionario [58]. El lexicógrafo atribuye cierto sentido a determinada palabra porque, a su juicio, este sentido representa el significado vigente y ya aceptado como de uso general y común. En suma, el lexicógrafo « codifica ». Por otra parte, si el uso vigente es incierto, o si existe desacuerdo en cuanto al sentido aceptado en general, le da el que, a su juicio, es el mejor, el más apropiado o el más útil (« legislación » o « desarrollo progresivo »). Pero en ambos casos, una vez que

---

[53] Así, por ejemplo, un tratado en el que sólo participe un número relativamente pequeño de Estados puede tener, sin embargo, un efecto normativo general, si esos Estados tienen una influencia o un interés preponderantes en relación con el objeto del tratado. En el párr. 59 se dan algunos ejemplos notables.

[54] *Op. cit.*, pág. 75.

[55] *Précis du droit des gens*, Introducción, párr. 7.

[56] Alejandro Alvarez, *La codification du droit international*, París, 1912, pág. 148.

[57] Los Estados Unidos no figuran, sin embargo, entre los Estados signatarios, quizás porque en esa fecha no había adquirido la preponderancia naval que adquirió posteriormente.

[58] El Relator Especial ha sacado esta idea de un artículo de C. Douglas McGee, del Vassar College, Nueva York (« A Word for Dictionaries »), publicado en la conocida revista filosófica *Mind*, tomo LXIX, N.º 273 (enero de 1960), págs. 14 a 30.

la palabra está incorporada al diccionario, y si este último se considera como una obra de autoridad [59], se tenderá a emplear la palabra en el sentido utilizado por el diccionario porque está en él y así se define allí. El diccionario que, para sus compiladores (las « partes »), ha sido un proceso final, se convierte para otros (« terceros Estados ») en un punto de partida y en una fuente de autoridad (« derecho »).

61. La analogía no es completa y no debe llevarse demasiado lejos. Volviendo a los tratados, conviene dejar bien sentado en qué sentido exactamente puede considerarse como fuente de derecho el tipo de tratado que se examina. Cuando el tratado codifica un derecho general existente, no crea derecho sino que lo declara o pone de manifiesto, y actúa como una especie de catalizador mediante el cual se efectúa una formulación particular del derecho. Cuando el tratado crea nuevo derecho, sólo lo hace, en rigor, para las partes en él. Si sus disposiciones llegan a lograr una aceptación universal, ello se debe a que otros Estados han ajustado su conducta (voluntariamente, en el primer caso) a él, con lo que contribuyen a crear una nueva regla de derecho consuetudinario; y es esta regla y no el tratado la que es obligatoria para terceros; y es la costumbre y no el tratado la que es la fuente formal del derecho mientras el tratado es la fuente material de la costumbre. Este proceso ha sido descrito muy acertadamente por Roxburgh [60] en la forma siguiente :

> « Así, pues, puede darse el caso de que una regla establecida en un principio por acuerdo expreso entre ciertas partes se convierta, con el transcurso del tiempo y con sujeción a ciertas limitaciones que se estudiarán más adelante, por el consentimiento de las partes contratantes y de los terceros, en una regla de derecho internacional, obligatoria para los Estados que la hayan aceptado tácitamente. Los derechos y obligaciones así adquiridos por los terceros Estados no son derechos y obligaciones contractuales, sino derechos y obligaciones que tienen su origen en el hecho de que el tratado sirvió de base para la creación de una regla consuetudinaria de derecho. »

62. *Párrafo 2.* Pero, independientemente de que se trate de nuevo derecho, como el que describe Roxburgh, o de un tratado que codifica y enuncia un derecho preexistente, el tratado en ambos casos actúa simplemente de vehículo. Como tal nunca obliga directamente a los Estados que no son partes en él, hecho que se trata de destacar con las palabras finales del párrafo 2 del artículo 16. El Relator Especial desearía poner punto final al estudio de esta cuestión citando algo que ya ha dicho en otro lugar [61] :

> « ... el tratado puede ser un instrumento en el que se enuncia el derecho en forma apropiada, y una prueba de lo que es ese derecho, pero de por sí no es todavía derecho; formalmente todavía no es una fuente de derecho sino sólo un testimonio de éste. Aun cuando un tratado es o, mejor dicho, se convierte en fuente material de derecho, debido a que las reglas que contiene llegan a considerarse en general como reglas representativas de aplicación universal, los terceros Estados sólo aplican esas reglas o se atienen a ellas porque son o se han convertido en reglas de derecho general : esos terceros Estados proceden en aplicación de ese derecho general, y no en virtud de un tratado. Para ellos esas reglas constituyen el derecho; pero el tratado no es el derecho, aunque puede ser, a la vez, fuente material del derecho y fiel expresión del mismo. »

SUBSECCIÓN ii). EFECTOS O CONSECUENCIAS PASIVOS O NEGATIVOS *in detrimentum tertiis* (OBLIGACIONES QUE INCUMBEN AL TERCER ESTADO, NO EN VIRTUD DEL TRATADO SINO EN RELACIÓN CON ÉSTE)

Rúbrica a). *Efectos* in detrimentum *que resultan de la aplicación del principio del respeto a los actos internacionales lícitos y válidos*

Subrúbrica *a*) 1. En el caso de todos los tratados lícitos y válidos

ARTÍCULO 17. DEBER GENERAL DE TODO ESTADO DE RESPETAR Y DE NO IMPEDIR NI ENTORPECER LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS LÍCITOS Y VÁLIDOS CONCERTADOS POR OTROS ESTADOS

63. *Párrafo 1.* Puede afirmarse probablemente que, al menos por deducción, el derecho internacional impone efectivamente a los Estados ciertos deberes generales en relación con tratados válidos concertados entre otros Estados; en este párrafo se trata de enumerar esas obligaciones.

64. *Subepígrafe* a). Respecto a los terceros Estados, Roxburgh [62], citando diversos autores [63], dice lo siguiente :

> « Los terceros Estados tienen la obligación general de no entorpecer la debida ejecución del tratado, simpre que éste no infrinja el derecho internacional o sus derechos adquiridos. Aunque esos Estados sufran algún perjuicio, no tienen un medio de reparación legal; han sufrido un *damnum sine injuria*, y toda tentativa de ingerencia constituiría una violación de la personalidad internacional de las partes contratantes. »

La segunda frase de este pasaje se refiere más bien a la cuestión tratada en el artículo 19, a saber que los Estados deben aceptar el hecho de que algunos tratados pueden perjudicarlos de alguna manera. En cambio, la primera frase se refiere al punto más general de que trata el artículo 17, en el que se enuncia el deber de no intervención en la ejecución de tratados lícitos y válidos entre otros Estados, basado en la obligación más amplia del respeto a los actos internacionales lícitos y válidos. Pero, como se indica en el subepígrafe, esta norma no se aplica, claro está, cuando un tratado lesiona derechos legítimos efectivos, o pretende imponer responsabilidades o inhabilitaciones legales al tercer Estado sin el consentimiento de éste. En relación con el artículo 19 se estudia un caso diferente, en el que un tratado coloca a un Estado en situación desventajosa o entorpece o afecta su situación de alguna manera desventajosa, sin violar sus derechos

[59] Claro está que el criterio adoptado por una publicación como el *Oxford English Dictionary* tendrá particular autoridad; del mismo modo, cuando se trate de formular reglas generales de derecho en un tratado, se atribuirá importancia especial a la participación de Estados que posean experiencia, pericia o intereses especial en el campo correspondiente.

[60] *Op. cit.*, págs. 73 y 74.

[61] Véase *Symbolae Verzijl*, La Haya, Nijhoff, 1958, págs. 158 y 159.

[62] *Op. cit.*, pág. 32.

[63] Oppenheim, Fiore, Hall, Rivier, F. de Martens.

legítimos efectivos, o trata de imponerle compromisos de carácter legal.

65. *Subepígrafe* b). Asimismo, los Estados tienen, al parecer, la obligación general de respetar y, si es preciso, reconocer derechos que los tratados crean para otros Estados, siempre que prevalezcan las mismas condiciones, a saber que el objeto del tratado sea lícito y que éste no suponga violación de derechos legítimos ni imposición de obligaciones legales, etc. Más adelante (párr. 70 y sig.) se seguirá examinando esta cuestión en relación con otras que se plantean dentro del artículo 18.

66. *Subepígrafe* c). Es posible que este punto sea discutible, pero parece lógico que un Estado que ha firmado un tratado, aunque aún no se haya convertido en parte efectiva mediante la ratificación del mismo, tenga, sin embargo, cierta obligación en relación con el tratado, al menos mientras exista todavía la posibilidad de que pueda ratificarlo y no se haya tomado ninguna decisión en sentido contrario. Sería anómalo que un Estado en tal situación, que acaba de participar en la elaboración del tratado y ha ido hasta el extremo de dar su aceptación provisional al mismo mediante la firma, tomara luego medidas que pudieran alterar el valor del tratado o frustar sus objetos, siempre y cuando éste entre en vigor. Pero una vez tomada la decisión de *no* ratificar el tratado, cesa toda obligación especial resultante del principio que se enuncia en este subepígrafe.

67. *Párrafo 2.* Este párrafo versa sobre un punto relacionado con la cuestión general de la validez de los tratados, y señala que no constituye causa de invalidez del tratado el hecho de que éste se aplique en perjuicio o detrimento de un tercer Estado, siempre y cuando el tratado sea válido, según las reglas relativas a la validez esencial de los tratados [64]. El punto es análogo, aunque examinado desde un ángulo ligeramente diferente, al que es objeto del artículo 19 (el comentario al mismo figura en el párrafo 79 y siguientes).

Subrúbrica *a*) 2. En el caso de tratados que enuncian regímenes o arreglos internacionales, o que son de índole dispositiva

ARTÍCULO 18. DEBER GENERAL DE TODO ESTADO DE RECONOCER Y RESPETAR LAS SITUACIONES DE DERECHO O DE HECHO CREADAS EN VIRTUD DE TRATADOS LÍCITOS Y VÁLIDOS

68. *Párrafo 1.* Muchas de las consideraciones hechas en relación con el artículo 16 se aplican *mutatis mutandis* al tipo de caso que se estudia en el presente artículo, pero, en contraste con el artículo 16, el problema que aquí se plantea no es tanto el de que los terceros Estados lleguen a tener obligaciones análogas a las que incumben a las partes en virtud de los tratados correspondientes, sino el de que se les invite o se hallen ellos mismos obligados a aceptar o en todo caso acepten la situación de derecho o de hecho o el arreglo o régimen creado por el tratado, y por lo tanto se vean obligados por ella. Ya se ha aludido (véase párr. 22 *supra*) a la cuestión de saber si esa obligación es resultado de alguna característica intrínseca de esos tratados que les hace tener efectos *erga omnes*, o consecuencia de una simple obligación de todos los Estados de reconocer y respetar los actos internacionales lícitos y válidos. Esa cuestión seguirá examinándose más adelante.

69. Claro está que en algunos casos que normalmente se clasifican bajo este epígrafe pero que el Relator Especial ha colocado dentro del artículo 14, está presente, según se indicó anteriormente (véase párr. 51 *supra*), un elemento de consentimiento activo, aunque sólo manifestado tácitamente. Así, por ejemplo, cuando los Estados ribereños y otros Estados directa y principalmente interesados (por ejemplo, los principales usuarios de una vía navegable) crean un régimen para esta vía navegable, los demás Estados que la utilizan, pero que no han participado en la elaboración del tratado, y que por lo tanto no son partes en el mismo, deben, sin embargo, atenerse a las condiciones de uso establecidas en el tratado : del propio uso resulta un consentimiento implícito de esas condiciones.

70. *Subepígrafe* a). « *Arreglos internacionales* ». La tesis según la cual algunos tipos de tratados tienen una especie de efecto legislativo inherente *erga omnes* ha sido estudiada con frecuencia por los autores y aprobada por algunos, pero otros la ven con cierta cautela, como en el caso del siguiente pasaje del volumen sobre tratados del *Harvard Research* [65].

« Según algunos autores, se reconoce que el principio general de que los tratados no pueden imponer obligaciones a terceros Estados tiene una excepción en el caso de tratados colectivos con carácter de « arreglos internacionales ». Tales tratados no tienen su justificación en principios jurídicos sino en la aquiescencia de los Estados a quienes se imponen, o en el argumento de que están destinados a servir al interés general. Como ejemplos de esos tratados pueden citarse los que establecen el régimen o regulan la utilización de vías navegables internacionales, los que imponen un régimen de neutralización o desmilitarización a un Estado y otros de carácter análogo. Por lo que respecta a los tratados de neutralización permanente, existe cierta divergencia de opinión en cuanto a la cuestión de saber si crean obligaciones para los terceros Estados : algunos autores sostienen que crean tal obligación mientras otros lo niegan, si bien al mismo tiempo admiten que esos tratados pueden llegar a obligar a terceros Estados por efecto de la costumbre. Charles de Visscher (*Belgium's Case*, 1916, pág. 17), al hablar del tratado de neutralización de Bélgica, advierte que éste enunciaba una « regla objetiva de derecho internacional », de lo que se desprendería que ese tratado obliga tanto a los terceros Estados como a las partes.

« El profesor Quincy Wright opina que si bien las disposiciones de los tratados del tipo de los arreglos internacionales destinados a establecer un estado de cosas permanente pueden crear una obligación universal, ello se debe, no a los tratados mismos, sino a la aceptación y aquiescencia general de todos los Estados. « Conflicts Between International Law and Treaties », 11 *American Journal of International Law* (1917), pág. 573. »

[64] Sobre este punto véase el tercer informe del Relator Especial (validez esencial de los tratados), artículos 16 a 20 y comentarios a los mismos : *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1958 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 58.V.1. Vol. II), págs. 28 y 29, y 42 a 49.

[65] Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, *Research in International Law*, III, *Law of Treaties*, Suplemento del *American Journal of International Law*, Vol. 29, 1935, págs. 922 y 923.

Roxburgh tampoco se compromete mucho y se inclina más bien hacia la teoría del consentimiento tácito [66]:

> « Un arreglo internacional es un arreglo efectuado por tratado entre las principales Potencias, y destinado a formar parte de un estado de cosas internacional, por el que se define el estatuto o territorio de determinados Estados o se regula la utilización de las vías navegables internacionales, o se toman otras disposiciones de importancia general, y por el que en algunos casos se impone ciertas obligaciones o restricciones relativas a la conducta internacional. Tal tratado puede o no contener una cláusula de « adhesión »; pero en todo caso está destinado a obligar y favorecer a toda la comunidad internacional. ¿Cuál es la situación de los terceros Estados en virtud de este arreglo?... supongamos que los terceros Estados, por saber que el arreglo forma parte del orden internacional, cumplan sus disposiciones, y que con el transcurso del tiempo lleguen a creer que están legalmente obligados por él y tienen derecho a beneficiarse de él; y supongamos también que este convencimiento de que existe una obligación legal o un derecho legítimo no admite prueba concluyente o directa. Se plantea entonces la cuestión de saber si se puede presumir ese convencimiento. He aquí un ejemplo claro de la diferencia entre el consentimiento tácito como fuente de obligación contractual y el consentimiento tácito como fuente de derecho. No sólo se advierte que el primero tiene aplicación inmediata y que el segundo tiene un desarrollo progresivo, sino que para establecer el segundo debe probarse o presumirse un convencimiento de la necesidad legal mientras que para aplicar el primero no es necesario tal convencimiento. »

En cambio, Rousseau es más categórico. Dice lo siguiente [67]:

> « Ocurre con bastante frecuencia que los tratados que establecen un estatuto político y territorial se consideran obligatorios para otras Potencias, además de los Estados signatarios. »

Cita cierto número de casos concretos pero advierte que el tipo de casos en que un Estado, tal como Alemania en virtud del Tratado de Versalles, se compromete a reconocer arreglos territoriales firmados por otros países en virtud de otros tratados, no constituye un ejemplo verdadero del principio que ahora se examina. Se trata más bien de un caso que cae dentro del artículo 11 del presente texto.

71. El Relator Especial estima que la notable falta de entusiasmo manifestada en relación con el supuesto efecto « legislativo » inherente de algunas clases de tratados, es prueba de que esta idea suscita ciertas dudas. ¿Cuáles son exactamente las clases de tratados que surten este efecto? ¿Por qué y cómo? Fácilmente se echa de ver que algunos tratados ponen en movimiento un proceso legislativo (artículo 16 del texto). En cambio, otros son válidos respecto a terceros Estados porque estos últimos se valen de ellos en forma activa (artículo 13 y 14). Pero resulta más difícil comprender por qué otros tratados, aunque enuncian « arreglos internacionales », deben considerarse como tratados que tienen un efecto automático *erga omnes*. El Relator Especial no niega que así sea en la práctica; pero le parece preferible llegar a esta conclusión basándose no en el fundamento esotérico de alguna mística atribuida a cierto tipo de tratados, sino simplemente en el hecho de que los Estados tienen la obligación general — que en la actualidad ya podría enunciarse como un postulado y que es una parte necesaria del orden internacional si se quiere evitar el caos — de respetar, reconocer y, en un sentido jurídico, aceptar las consecuencias de los actos internacionales lícitos y válidos concertados entre otros Estados, y que no violen los derechos legítimos de los Estados que no participan en ellos « legalmente hablando » : claro está que no se niega que un tercer Estado, a quien no agrade determinado acto internacional y que no sea parte en él, tenga derecho a procurar por algún medio político lícito que se modifique o anule ese acto. Para esto están, entre otras cosas, las Asambleas políticas tales como la de las Naciones Unidas. Pero esto es muy distinto a negar la validez legal del acto o reclamar el derecho a hacer caso omiso de él.

72. *Subepígrafe* b). *Caso de las tratados en que se prevé la desmilitarización de una región.* El tipo clásico de tratado o acto internacional, cualquiera que sea la base en que se funda, es el relativo a la desmilitarización de una región; el ejemplo típico es el de las Islas Aland que, en virtud del tratado de París de 30 de marzo de 1856, quedaron bajo el régimen permanente de desmilitarización; las partes originales en este acto fueron Francia, Gran Bretaña y Rusia, seguidas de Austria, Prusia y Turquía. Esas islas se hallaban entonces bajo soberanía rusa, en virtud de la soberanía rusa sobre Finlandia, a la que básicamente pertenecían esas islas. Después de la primera guerra mundial, Finlandia quedó separada de Rusia y se planteó la cuestión de la necesidad de mantener el régimen desmilitarizado de las islas, y el asunto pasó al Consejo de la Sociedad de las Naciones. En este asunto intervenían varias cuestiones jurídicas y el Consejo designó un Comité de Juristas encargado de estudiarlas. La cuestión principal se refería a los derechos y no a las obligaciones, es decir, al derecho de Suecia, que no era parte en el tratado de 1856, a insistir en que estas islas siguieran desmilitarizadas [68]. Este punto se examinará en la sección 2 (situación *in favorem*). Pero también se planteó la posible cuestión de las obligaciones para un Estado no parte [69] y el Comité de Juristas tuvo que examinar la naturaleza jurídica general del acuerdo sobre las Islas Aland consignado en el tratado de 1856 y pronunciarse sobre ella. Destacando el hecho de que, aunque Suecia no era parte en el tratado, éste se había firmado en gran parte en beneficio de este país [70], el Comité declaró lo siguiente [71]:

> « Del examen de las condiciones políticas en que se firmó este acuerdo se desprende que el convenio tenía en realidad un alcance mucho más amplio... y que las cuestiones resueltas en París entre las Potencias y Rusia rebasaban con mucho el ámbito de los intereses puramente suecos. La cuestión interesaba

[66] *Op. cit.*, págs. 81 y 82.

[67] *Op. cit.*, pág. 478.

[68] Este archipiélago está muy próximo a la costa sueca, y el tratado original se firmó en gran parte en beneficio de Suecia, aunque este país no fue parte de él.

[69] Finlandia quedó incluida por el tratado original como porción de Rusia pero no como parte en el tratado propiamente dicha.

[70] Véase nota 68 *supra*.

[71] *League of Nations Official Journal*, Suplemento Especial N.º 3, octubre, 1920, págs. 17 y sigtes.

a Europa en general y se debía a la gran importancia estratégica de las Islas Aland... »

El Comité, que también se refirió a la « naturaleza objetiva de la solución de la cuestión de las Islas Aland en el Tratado de 1856 » [72], añadía que

« ... todo Estado que posea las Islas debe atenerse a las obligaciones que se le imponen, derivadas del sistema de desmilitarización establecido por estas disposiciones. »

El Comité no vio tampoco nada anómalo en esa situación puesto que dijo [73] :

« En efecto, en muchos casos desde 1815... las Potencias han tratado de establecer un verdadero derecho objetivo y verdaderos regímenes políticos cuyos efectos se hacen sentir fuera del círculo de las partes contratantes. »

Es evidente que el Comité se sentía muy inclinado hacia la teoría según la cual ciertos tratados tienen el carácter inherente de crear una situación objetiva *erga omnes*. El Relator Especial ya ha explicado en el párrafo 71 *supra* por qué cree que ha de preferírsele una teoría diferente, aun cuando ésta pueda conducir en gran parte al mismo resultato práctico. En todo caso, el que un tratado particular tenga o llegue a tener efectos *erga omnes* debe depender de la situación general y, como se declara en el párrafo, de las estipulaciones de los propios tratados y de cualesquiera otros tratados pertinentes; así como de otros factores, tales como la licitud de los fines del tratado, la medida en que ellos afectan o pueden perjudicar los derechos adquiridos de otros Estados, y así sucesivamente.

73. El caso de los tratados que estipulan la neutralización de un territorio es algo similar al que acaba de exponerse. Lord McNair cita un ejemplo interesante de aplicación de la teoría del « interés general », hecha por los consejeros jurídicos de la Corona en 1859. Después de citar los hechos y las disposiciones del tratado relativo a la neutralidad de Suiza, y a la neutralización simultánea de una porción de territorio de Cerdeña « como si perteneciese a Suiza », dichos consejeros jurídicos decían [74] :

« De estas premisas se deduce : 1) que la neutralidad de Suiza se estableció y garantizó fundándose en el interés general de Europa, independientemente del de Suiza o de Cerdeña y mediante un instrumento en el que éstas no participaron; 2) que el territorio aludido (al norte de la línea trazada desde Ugine), cualesquiera que puedan ser los límites geográficos o de hecho, debe considerarse, en cuanto afecta a esa neutralidad, como perteneciente a Suiza, aunque en todos los demás aspectos es territorio sardo; 3) que Cerdeña y Suiza, que no fueron partes en el Tratado (que en primer lugar estableció y garantizó la neutralidad de Suiza en « interés general ») no pueden, mediante un acuerdo « inter se » concertado por su interés particular, en contraposición con el interés general de Europa, retener para sí mismas una opción o poder « facultativo » de desneutralizar de hecho o permitir la desneutralización de una porción del territorio suizo (propiamente dicho) o de una porción del territorio en litigio, que ha de considerarse (en cuanto afecta a la neutralidad) como perteneciente a Suiza. En relación con las demás Potencias europeas (especialmente Austria) esto se ha hecho, sin embargo, indebidamente durante la guerra actual. Suiza y Cerdeña no podían legítimamente, tanto en relación con las demás Potencias como en relación con Austria, permitir que tropas francesas cruzaran el Cantón del Tesino, puesto que este acto hubiera constituido una clara violación de la neutralidad de Suiza; pero a este efecto el territorio de que se trata debe considerarse como perteneciente a Suiza. »

Quizás no pueda decirse que el mero hecho de que un Estado se declare neutral o de que cierto territorio quede neutralizado y otros Estados garanticen su neutralidad, baste *per se* para crear un régimen de neutralidad *erga omnes*, pero sí tiende mucho hacia ello en todos los casos en que la presunción de neutralidad no es incompatible con otro régimen u otras obligaciones del país o del territorio interesado, y merced a una aceptación tácita general se creará rápidamente una situación efectiva en el orden jurídico. No obstante, si se sigue la teoría preconizada por el Relator Especial, parece lógico afirmar que todos los Estados tienen la obligación internacional de reconocer y respetar un régimen de neutralidad creado válidamente y que no viole los derechos de cualquier otro Estado o cualquier obligación convencional en vigor que sea pertinente.

74. *Subepígrafe* c). *Tratado de carácter « dispositivo »*. Está bien claro, y huelga razonarlo, que los tratados que contienen cláusulas que entran en vigor inmediatamente y quedan « ejecutadas », tales como las transferencias de territorio, son « válidos » *ipso facto* contra cualquier tercer Estado, a menos que tal Estado tenga una pretensión válida y pertinente, por ejemplo, sobre el territorio que se pretende transferir en virtud del tratado.

75. Un caso especial es el de los tratados que crean una « servidumbre ». El Relator Especial no pretende examinar la teoría de toda la serie de cuestiones que plantea la expresión de « servidumbres internacionales ». Se da perfecta cuenta del posible matiz ofensivo y desagradable del término. Pero, como afirma el Dr. F. A. Váli en una nueva y valiosa edición de su obra sobre la materia [75], tales consideraciones, que son en gran parte de índole terminológica, carecen de importancia para el fondo del asunto, que se refiere a los casos en que (por regla general mediante tratado) un Estado posee o ejerce derechos en el territorio de otro o en relación con el territorio de otro, y a menudo en provecho recíproco de ambos Estados. El caso es que el tratado, partiendo del supuesto de que sea válido, tiende a tener efectos *erga omnes*, o sea que cae dentro de la categoría de tratados que otros Estados tienen el deber general de respetar. El Dr. Váli [76] examina un caso excelente, el de los derechos de Costa Rica y Nicaragua sobre el río San Juan. En virtud del llamado Tratado Cañas-Jerez de 1858, Costa Rica renunció en efecto a todas las pretensiones a la soberanía sobre cualquier parte del río San Juan, que constituye la frontera entre ella y Nicaragua, y aceptó que la frontera pasara por la orilla costarricense de ese río. A cambio de esta renuncia,

[72] *Ibid.*, pág. 18.

[73] *Ibid.*

[74] Dictamen del 18 de mayo de 1859, citado en McClair, *op. cit.*, pág. 314.

[75] *Servitudes of International Law*, segunda edición, Londres, Stevens, 1958.

[76] *Ibid.*, págs. 147 a 152.

Costa Rica recibió algunos derechos de libre navegación por el río. En virtud del posterior Tratado Bryan-Chamorro, Nicaragua concedió a los Estados Unidos lo que podría llamarse una opción para construir un canal interoceánico (entre el Atlántico y el Pacífico) que pasaría por el Gran Lago de Nicaragua y el río San Juan, de suerte que si los Estados Unidos hubiesen ejercido esa opción (lo que nunca hicieron, por que el canal se construyó en la zona de Panamá) es casi seguro que ello habría perjudicado o interferido los derechos de navegación de Costa Rica. Este país envió una protesta a Nicaragua y el asunto se llevó a la Corte de Justicia Centroamericana. La Corte afirmó lo siguiente [77] :

« En cuanto a los efectos jurídicos del repetido Tratado en orden a Costa Rica, tercera República que en ninguna forma contribuyó a su celebración, hay que apreciar la situación existente entre ese país y Nicaragua, en la esfera de acción de los derechos territoriales, con anterioridad a la fecha en que el Tratado de canal fue elevado a la categoría de ley por las Altas Partes signatarias para juzgar en toda su intensidad las lesiones de derecho de que Costa Rica se ha querellado ante esta Corte. »

Prosiguiendo el estudio del régimen del río San Juan, la Corte dijo [78] :

« Claro está, pues, que el dominio que la República de Nicaragua ejerce en el río San Juan, no es absoluto ni ilimitado; tiene que estar restringido por los derechos de libre navegación y anexos, tan remarcablemente otorgados a Costa Rica, sobre todo si se considera que tales derechos, ejercidos para fines fiscales y defensivos, se confunden en su desarrollo, según el sentir de los tratadistas, con las facultades soberanas del *imperium*. Tal concesión equivale a un derecho real de uso, perpetuo e inalterable, que coloca a la República de Costa Rica en el goce pleno del dominio útil de gran parte del río San Juan, sin perjuicio del dominio pleno que conserva Nicaragua como Soberana del territorio. »

En sus comentarios, el Dr. Váli declara que este fallo merece ser estudiado desde dos puntos de vista [79] ;

« En primer lugar, se reconoce claramente en el mismo que los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan constituyen un derecho real, es decir, absoluto. Se ha conferido a Costa Rica en compensación por el abandono de una reclamación territorial, a saber, la de la plena soberanía sobre la mitad derecha del citado río. La Corte compara los derechos de Costa Rica en territorio extranjero con los derechos de soberanía de Nicaragua sobre el río San Juan.

« En segundo lugar, la Corte estipula que los derechos de Costa Rica se basan en un acuerdo territorial; por consiguiente los arreglos de Nicaragua con terceros no pueden afectar, menoscabar o anular esos derechos. »

En resumen, este caso ilustra, a la vez, el principio según el cual un tratado entre los Estados A y B (Nicaragua y Estados Unidos) no puede lesionar los derechos de un Estado C (Costa Rica) que no es parte en él; y el principio según el cual un tratado entre los Estados A y C, en virtud del cual se conceden a C derechos equivalentes a unos derechos reales relativos al territorio o a las aguas de A, es válido *erga omnes* y por lo tanto válido respecto de B.

76. « ... en cuanto respecta a las disposiciones que establecen concretamente el régimen o arreglo, o crean el estatuto o situación que se examina », un punto de detalle pero de gran importancia. Por regla general, un tratado consta de disposiciones de diversa índole. Claro está que el efecto del artículo 18 queda limitado a los tratados que son de la clase especial examinada.

77. *Párrafo 2.* Algunos tratados tienen un carácter especialmente regional o de grupo. Sus efectos no pueden ir más allá de la región o del grupo. Pero dentro de estos límites pueden ejercer, en relación con personas o Estados, dentro del grupo, los mismos efectos que se enuncian en el párrafo 1.

78. *Párrafo 3.* Este párrafo es necesario para desechar cualquier idea de que el tipo de cláusula examinado en este artículo puede afectar a terceros Estados en el sentido de crear obligaciones activas y positivas para ellos.

Rúbrica b). *Efectos incidentalmente desfavorables para un tercer Estado y que se producen automáticamente por la simple aplicación de un tratado*

ARTÍCULO 19. DEBER DE LOS ESTADOS DE ACEPTAR Y TOLERAR LOS EFECTOS INCIDENTALMENTE DESFAVORABLES DE TRATADOS LÍCITOS Y VÁLIDOS

79. Este es en realidad el caso más común en que puede plantearse la cuestión de la situación de un tercer Estado en relación con un tratado del que no es parte. Como dice Rivier [80], « los tratados pueden afectar a los terceros Estados de modo muy estrecho, y... cuanto más se multipliquen los vínculos entre los Estados, tanto más se dará ese caso. En la actualidad ya se puede decir que casi nada de lo que pueda acordar un grupo de miembros de la familia de naciones es totalmente indiferente para las demás ». En tales casos, el tratado no impone obligaciones al tercer Estado ni ejerce un efecto directo de ninguna clase sobre él; pero puede aplicarse en perjuicio suyo, o puede estar « dirigido » contra él (por ejemplo, un trato de asistencia mutua entre dos Estados para el caso de un ataque por un tercer Estado citado). Pueden darse casos en que tales tratados tengan un objeto ilícito y sean por consiguiente, inválidos, o invadan o pretendan invadir o ignorar los derechos de uno o más terceros Estados y, en tal medida, carezcan de validez. Pero, aparte de estos casos, el tercer Estado no tiene base legal para reclamar simplemente por el hecho de que el tratado tenga resultados desventajosos para él. Es corriente el caso de que dos Estados se concedan recíprocamente privilegios comerciales, con lo que perjudican el comercio o la situacion comercial de un tercer Estado que no posea ningún derecho a un trato similar en virtud del tratado. Roxburgh expone muy bien la teoría en esta materia bajo el epígrafe *Treaties Incidentally Unfavourable to Third States* [81] :

« No obstante, aunque un tratado no puede imponer obligaciones a terceros, puede perjudicarlo de varias

[77] Fallo, pág. 218; citado por Váli, *op. cit.*, pág. 151.

[78] Fallo, págs. 219 y 220; Váli, *op. cit.*, pág. 152.

[79] *Op. cit.*, pág. 152.

[80] *Op. cit.*, pág. 89.

[81] *Op. cit.*, págs. 31 y 32.

maneras. Muchos tratados están destinados a « afectar » a Estados ajenos a ellos, debido a los muchos puntos de contacto existentes entre los miembros de la familia de las naciones. Pero aunque un tratado pueda afectar a terceros, no se deduce de ello que, si el tratado los beneficia, esos terceros tengan derecho a hacerlo aplicar, ni que, si los perjudica, tengan derecho a reclamar por la vía jurídica.

« Por el contrario, tienen el deber general de no entorpecer la debida ejecución del tratado, siempre que éste no viole el derecho internacional o sus derechos adquiridos. Aun cuando puedan sufrir perjuicios, no disponen de una medida legal; han incurrido en *damnun sine injuria*, y todo intento por su parte de entorpecer la aplicación de ese tratado constituiría una violación de la personalidad internacional de las partes contratantes.

« Si, por otra parte, el tratado viola los derechos legítimos de un tercer Estado, este Estado tiene inmediatamente derecho a intervenir. En la práctica, parecen existir tres tipos de casos en los que tales derechos pueden ser violados : *a*) cuando el tratado viola una regla de derecho internacional universalmente aceptada; *b*) cuando el tratado es incompatible con la seguridad del tercer Estado; y *c*) cuando el tratado viola derechos previamente adquiridos por el tercer Estado. »

En cuanto al párrafo final de esta cita, la frase « este Estado tiene inmediatamente derecho a intervenir », que era válida cuando Roxburgh la escribió, podría sustituirse hoy por la siguiente ; « Este Estado tendrá en el acto derecho a reclamar ». Tampoco es probable que los tres tipos de casos excepcionales *a*), *b*) y *c*) que cita Roxburgh, se hubieran formulado exactamente de esa manera en la actualidad, pero los principios en juego siguen siendo los mismos.

80. *Tratados de garantía y de asistencia mutua.* Rousseau señala que después de la primera guerra mundial se firmaron muchos de estos tratados, algunos de los cuales mencionaban expresamente a un tercer Estado, mientras otros estaban redactados en términos generales. « ¿Acaso no puede afirmarse pues », pregunta Rousseau, « que tales tratados afectaban a terceras Potencias en cuanto agresoras virtuales o eventuales y poseían así validez *erga omnes*? » [82]. Pero sigue diciendo ; « Pero aquí también, cabe observar que esos tratados sólo se aplicaban al tercer Estado en cuanto éste desencadenaba el mecanismo por su propia acción. Los tratados de garantía no se aplicaban *ipso facto*, ya que su ejecución se subordinaba necesariamente al acto ilícito (agresión) del tercer Estado » [83]. Una disposición como el Artículo 17 del Pacto de la Sociedad de las Naciones debe considerarse desde ese mismo punto de vista. En él se estipula que, en caso de controversia entre un Estado miembro y un Estado no miembro, si el Estado no miembro se niega a aceptar la invitación del Consejo de la Sociedad de convertirse temporalmente en miembro de la misma a los efectos de resolver la controversia y recurre en cambio a la guerra contra un miembro de la Sociedad, le son aplicables las disposiciones del artículo 16 del Pacto. Ello no debe considerarse, sin embargo, como un intento de someter al Estado no miembro a las disposiciones de un tratado en el que no es parte. Se trata más bien de crear una situación potencialmente desfavorable para el tercer Estado, situación, sin embargo, que sólo puede surgir por un acto o una omisión de ese tercer Estado, tanto más cuanto que puede evitar esas consecuencias aceptando ser miembro temporal o no recurriendo a la guerra. En cierto sentido, no cabe duda que tal tratado crea una obligación para un tercer Estado, pero no de una manera ilegal. La conocida explicación dada por Dionisio Anzilotti [84] a esta cuestión sigue siendo la mejor ;

« El contenido jurídico de estas disposiciones no hace referencia a las relaciones con terceros Estados sino a las relaciones [*inter se*] de los miembros de la Sociedad : estas disposiciones autorizan ante todo al Consejo a realizar, en interés general de la paz y en interés especial de uno o varios miembros, actos que pueden comprometer seriamente la responsabilidad de la Sociedad; en segundo lugar, imponen a los Estados asociados deberes relacionados con la acción del Consejo, deberes entre los que figura uno de carácter sumamente grave, a saber, el de acudir en ayuda de un Estado miembro en la hipótesis prevista en el párrafo 3. [Pero] en las relaciones entre los Estados miembros y los Estados no miembros sigue en vigor el derecho internacional común. »

81. *Tratados de extradición.* Lord McNair [85] cita estos tratados como ejemplo de los efectos incidentales que se producen para un tercer Estado — o más bien para sus nacionales — en virtud de un tratado en el que ese Estado no es parte. Ello es cierto, pero como estos efectos tienen su origen en la presencia del individuo interesado en el territorio de una de las partes en el tratado, la misma situación puede presentarse en otros muchos tipos de tratados que afectan a individuos. McNair cita el caso de los tratados de extradición porque los consejeros jurídicos de la Corona han tenido que pronunciarse sobre ellos con bastante frecuencia. Se han expresado muchos criterios, pero no cabe duda que el correcto ha sido dado por el Abogado de la Reina, Dodson, en 1849, en la forma siguiente [86] :

« El Sr. Clark manifiesta que se le ha informado que como súbdito británico, su detención en virtud de un tratado firmado entre Bélgica y Francia es una violación del derecho internacional, ya que un tratado entre esos dos países, aunque se aplique a los extranjeros en cada uno de ellos, es inaplicable a un súbdito británico a menos que ese tratado haya sido ratificado por la Gran Bretaña, lo que no es el caso en cuanto respecta a la acusación de quiebra fraudulenta.

« No creo que el Sr. Clark haya sido informado correctamente sobre esta cuestión; creo que un súbdito británico residente en Francia está por regla general sometido a todas las leyes de Francia, estén éstas basadas en tratados entre Francia y otros países o no lo estén, y que la adhesión de la Gran Bretaña a este tratado no constituye un requisito para la validez del tratado entre Francia y el otro país contratante. »

---

[82] *Op. cit.*, pág. 483.

[83] *Ibid.*

[84] *Corso de diritto internazionale*, 3.ª ed., Roma, 1928; traducción francesa de Gidel, París, Sirey, 1929, págs. 415 y 416.

[85] *Op. cit.*, págs. 320 a 326.

[86] Informe del 10 de diciembre de 1849; citado en McNair, *op. cit.*, pág. 322.

SECCIÓN 2. EFECTOS *in favorem tertiis*

SUBSECCIÓN i). EFECTOS O CONSECUENCIAS ACTIVOS O POSITIVOS *in favorem tertiis* (EL TERCER ESTADO PUEDE TENER DERECHOS EN VIRTUD DEL TRATADO, O DERECHOS ANÁLOGOS O PARALELOS A LOS CONTENIDOS EN EL TRATADO)

Rúbrica a). *Efectos* in favorem *producidos por acto de las partes en el tratado exclusivamente, o por acto de un solo otorgante*

Subrúbrica *a*) 1. Acto de las partes en el tratado

ARTÍCULO 20. LA ESTIPULACIÓN EN PROVECHO DE TERCERO (DERECHOS O BENEFICIOS QUE EL PROPIO TRATADO EXPRESAMENTE CONFIERE A UN TERCER ESTADO)

82. *Párrafo 1.* La estipulación en provecho de tercero, por la que se otorgan directamente derechos a un tercer Estado, se conoce, en una u otra forma, en la mayoría de los sistemas jurídicos basados en el derecho romano; y aunque no es conocida como tal en los sistemas de *common law*, se puede efectuar *aliter* por la llamada institución de fideicomiso [87]. Además, no hay en principio razón alguna para que un fideicomiso no se pueda instituir por *contrato* entre el fideicomitente y el fiduciario, sin que el fideicomisario sea parte; y aunque de ordinario se instituye por una escritura de fideicomiso o por testamento, algunas autoridades [88] consideran que el fideicomiso, que ciertamente se origina en un acuerdo (puesto que requiere el consentimiento del fideicomitente y del fiduciario), « es simplemente una clase especial de contrato... entre el fideicomitente y el fiduciario » [89] en beneficio del *cestui que trust*. No parece haber razón alguna para que no se dé una situación semejante en derecho internacional, siempre que se satisfagan las condiciones señaladas en el párrafo 1 del artículo 20. Parece, pues, que el principio de la estipulación en provecho de tercero tiene de hecho cabida en derecho internacional, como se verá más adelante.

83. Lo importante es que debe haber una estipulación hecha clara e intencionalmente en provecho de tercero. El artículo 20 no quebranta en modo alguno la regla de que, en principio, los terceros Estados no pueden reclamar derechos en virtud de un tratado en el que no son partes, del mismo modo que tampoco pueden quedar sujetos a obligaciones en virtud de dicho tratado. Las partes en el tratado deben proponerse conferir derechos o beneficios al tercer Estado, y en una forma que pueda afirmarse que han convenido en que el tercer Estado pueda reivindicarlos de pleno derecho. Es preciso, en efecto, que se propongan crear algo que equivale a una relación jurídica entre ellas y el tercer Estado, aunque la misma no sea de carácter contractual, del mismo modo que en el sistema de *common law* hay entre el fiduciario y el fideicomisario una vinculación jurídica bien clara, aunque no de índole contractual (el elemento contractual sólo existe entre el fiduciario y la persona que instituye el fideicomiso). Otra forma posible de apreciar la cuestión en derecho internacional sería asimilarla a la situación en que un Estado puede, por declaración puramente unilateral, contraer un compromiso o asumir obligaciones en favor de un tercer Estado, o *erga omnes*, lo que, en determinadas circunstancias, puede jurídicamente obligarlo. Si un Estado, actuando individualmente, puede hacer esto, no hay ninguna razón para que dos o más Estados, actuando conjuntamente, no puedan hacerlo. En resumen, lo que opera como contrato entre las partes *inter se*, también opera *vis a vis* terceros Estados como una especie de declaración unilateral conjunta y de efectos obligatorios para quienes la hacen.

84. Aunque autores tan eminentes como Anzilotti [90] han sostenido lo contrario, parecería que la conclusión arriba expuesta y la regla sugerida en el párrafo 1 del artículo 20 corresponden a la opinión expresada por el Tribunal Permanente en el asunto de las *Zonas Francas*. En la fase preliminar de este asunto, el Tribunal, tras llegar a la conclusión de que podía pronunciarse a favor del derecho de Suiza a la zona franca de Gex « a base de un simple examen de la situación de hecho en este caso particular », estimó que no tenía que pronunciarse sobre « la medida en que el derecho internacional reconoce el principio de las estipulaciones en favor de terceros » [91]. Sin embargo, comentando este dictamen. el volumen de *Harvard Research* dice [92] :

> « A pesar de la manera un tanto cautelosa con que el Tribunal se expresa respecto al lugar que en derecho internacional ocupa el principio de la estipulación de provecho de tercero parecería que su decisión, en lo que respecta a la zona de Gex, se basó de hecho en el reconocimiento del principio de que, en este caso particular, por haber creado las Potencias en un tratado una zona franca en favor de Suiza en el territorio de una de las partes en el tratado, Suiza tenía títulos para gozar de ese derecho, del que no se le podía privar sin su consentimiento. »

Luego, en su fallo subsiguiente (final) en el asunto de las *Zonas Francas* [93], el Tribunal Permanente, al propio tiempo que estimó de nuevo que podía pronunciarse a favor de Suiza basándose en otro tipo de consideraciones formuló ciertas observaciones generales sobre la cuestión de las estipulaciones *in favorem tertiis*. Tras hacer una advertencia en el sentido de que « no cabe presumir a la ligera que las estipulaciones favorables a un tercer Estado se han adoptado con el objeto de crear en su favor un verdadero derecho » [94], el Tribunal agregaba [95] :

> « Nada impide, sin embargo, que la voluntad de Estados soberanos tenga este objeto y este efecto. La existencia de un derecho adquirido en virtud de un instrumento concertado entre otros Estados es pues una cuestión que ha de decidirse en cada caso particular : habrá de determinarse si los Estados que han estipulado en favor de un tercer Estado se han propuesto crear en su favor un verdadero derecho, que este último ha aceptado como tal. »

[87] Véase el caso inglés de *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge and Co.*, 1915, *Appeal Cases* 847, pág. 853.

[88] Véase Roxburgh, *op. cit.*, pág. 8, donde se citan autoridades tan eminentes como Maitland, Pollock y Anson

[89] *Ibid.*

[90] *Op. cit.*, pág. 424.

[91] *Publications of the Permanent Court of International Justice, Reports*, Serie A, N.º 22, pág. 20.

[92] *Op. cit.*, pág. 932.

[93] Serie A/B, N.º 46.

[94] *Ibid.*, pág. 147.

[95] *Ibid.*

Aparte de las siete últimas palabras que evidentemente son redundantes (puesto que el tercer Estado al reclamar el derecho, lo acepta *ipso facto*), este pasaje expresa exactamente y avala la opinión en que se basa el párrafo 1 del artículo que se comenta. El artículo 18 *b*) del Harvard Draft [96] recoge igualmente esta idea y, en sus comentarios al mismo, el volumen de *Harvard Research* dice [97]:

« Consideramos que son acertadas las conclusiones de la mayoría de la Corte, y que la mayoría de los juristas las aprobarán. Debe subrayarse a este respecto que la práctica cada vez más frecuente de insertar en los tratados estipulaciones en favor de terceros Estados es un hecho que no se puede ignorar, y que el derecho internacional debe interpretarse de tal forma que aparezca a tono con las condiciones reales creadas por esta tendencia. Cabe remitirse aquí a la pertinente observación de Hoijer (*Les Traités Internationaux*, 1926, pág. 280), de que, aunque el principio *res inter alios neque prodesse neque nocere potest* es uno de los principios que gozan de mayor aceptación en derecho internacional, es preciso evitar atribuirle un efecto absoluto, que no se compadecería con la creciente interdependencia de las naciones y que sería contrario a las realidades de la vida internacional. Las conclusiones de la mayoría de la Corte no van más allá de afirmar que un tratado puede estipular ventajas en favor de un tercer Estado que no es parte en él, y que, en ese caso, el Estado favorecido puede reclamar esas ventajas y gozar de ellas. Parecería, sin embargo, que las ventajas deben estar expresamente estipuladas en el tratado; empleando las palabras de la Corte " no cabe presumir a la ligera " que ha sido intención de las partes otorgarlas. »

Sir Eric Beckett llega igualmente a la conclusión de que [98]

« La Corte Permanente debe haber opinado, por tanto, que el derecho internacional reconoce efectivamente — en ciertas circunstancias — el principio de las estipulaciones en favor de terceros. »

85. Ha de admitirse que Rousseau, cuyas opiniones inspiran al Relator gran respeto, parece rechazar categóricamente el principio de la estipulación en provecho de tercero en derecho internacional, al que califica de « extraño al derecho internacional » [99]; el citado autor, tras un detenido examen de la práctica y de la jurisprudencia internacionales en la materia, llega a la conclusión de que « ... no parece que se deba admitir en derecho internacional la institución de la estipulación en provecho de tercero » [100]. En el curso de este examen dice [101]:

« Es indiferente que la ventaja en favor del tercero haya sido prevista y tenida en cuenta por las partes, aunque sea hasta el punto de que esa ventaja haya sido constituida al objeto de la estipulación: aun en este caso, el tercer Estado no adquiere ningún « derecho » de exigir la ejecución del tratado. Existe en este caso para él una ventaja, no un derecho. »

Resultado curioso de esta opinión es que Rousseau parece casi más dispuesto a admitir que un tratado puede imponer obligaciones a un tercer Estado que crear derechos en su favor, y aunque ello no constituya una presentación fiel de sus conclusiones, el Relator Especial tiene la impresión de que en ellas no se da suficiente peso al efecto acumulado de la jurisprudencia que él mismo cita [102], y que proporciona por lo menos cierto elemento de apoyo al concepto de la estipulación en provecho de tercero. Consideremos que la opinión expresada en el Harvard Draft, y en el presente texto, se halla más de acuerdo con las realidades de la esfera internacional. Puesto que el derecho internacional contiene tantas analogías con el derecho privado, y refleja o aplica doctrinas del derecho privado [103], es difícil ver por qué ha de considerarse completamente excluida tal posibilidad en el caso de la estipulación en provecho de tercero.

86. *Párrafo 2.* Como dice el volumen de *Harvard Research* [104], « ... difícilmente parece esencial... que el Estado en cuyo favor se ha estipulado la ventaja deba estar expresamente designado en el tratado, cuando las disposiciones de éste o las circunstancias concomitantes indican claramente... que la ventaja ha sido instituida en favor de un determinado Estado y que podía haberse pensado en ningún otro Estado, ni ningún otro Estado podría aprovechar tal ventaja ». Puede irse más lejos: hay muchas formas de designar un Estado sin necesidad de indicarlo *eo nomine*, por ejemplo, cuando pertenece a una clase claramente especificada.

87. *Párrafo 3.* Este párrafo es, por supuesto, la consecuencia fundamental del párrafo 1. Si el tercer Estado no tuviera ningún derecho a recurrir ni pudiera ejercerlo independientemente de la acción de cualquiera de las partes, no cabría hablar en rigor de un verdadero derecho. Sólo las partes en el tratado tendrían en tal caso derecho a insistir *inter se* en el cumplimiento de la estipulación convencional. Si dejaran de harcerlo, el tercer Estado no tendría ningún recurso. Por tanto, para que el principio del párrafo 1 constituya una realidad, es preciso que el tercer Estado tenga un derecho a reclamar directamente.

88. « ... siempre que... ». Como dice el volumen del *Harvard Research* [105], « Evidentemente, si la estipulación convencional en favor de un tercer Estado señala las condiciones en que se ofrece la ventaja, el cumplimiento de tales condiciones por el tercer Estado es necesario para que éste pueda reclamar tal ventaja ».

89. *Párrafo 4.* Cabría sostener, como cuestión de lógica, que un tercer Estado una vez que adquiere un derecho conforme a lo antes indicado, no puede ser privado del mismo sin su consentimiento y, por tanto, debe intervenir en cualquier abrogación o modificación de la respectiva cláusula del tratado. Pero ello equivaldría a hacer del tercer Estado una verdadera parte en el tratado, por lo menos en lo que respecta a las disposiciones a las cuales se acoge; ahora bien, no se ha sugerido nunca que la estipulación en provecho de tercero puede

[96] *Op. cit.*, pág. 661.

[97] *Ibid.*, pág. 935.

[98] En el *British Yearbook of International Law*, Vol. 11, 1930, pág. 14.

[99] *Op. cit.*, pág. 477.

[100] *Ibid.*

[101] *Ibid.*, pág. 469.

[102] *Ibid.*, págs. 471 a 473.

[103] Véase la notable colección de casos contenida en la obra de H. Lauterpacht *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longmans, 1927.

[104] *Op. cit.*, pág. 935.

[105] *Ibid.*, pág. 936.

tener este efecto. En general, se rechaza categóricamente tal posibilidad. Así, Rousseau (pág. 470) dice : « Il paraît impossible de reconnaître ce droit à l'État tiers ». El artículo 18 *b*) del Harvard Draft dispone, como ya se ha indicado, lo siguiente [106] : « Si un tratado contiene una estipulación expresamente favorable a un Estado que no es parte ni signatario del tratado, dicho Estado tiene derecho a reclamar las ventajas previstas en esa estipulación... »; y agrega, « mientras la estipulación permanezca en vigor entre las partes en el tratado ». En sus comentarios al respecto, el volumen del *Harvard Research* dice [107] :

« En cuanto a la duración de las ventajas, el sentido del párrafo *b*) es claro : el tercer Estado tiene derecho a la ventajas estipuladas en su favor solamente mientras la estipulación permanezca en vigor entre las partes. Por tanto, esas ventajas pueden extinguirse por abrogación o extinción del tratado o de la cláusula que las crea... o bien, su goce puede suspenderse, limitarse o alterarse en una u otra forma mediante una modificación del tratado — en cada caso sin necesidad del consentimiento del tercer Estado. »

Las razones en que se apoya este punto de vista están convincentemente expresadas por los magistratos Altamira y Sir Cecil Hurst en su opinión disidente en el asunto de las *Zonas Francas* [108] :

« Para terminar, deseamos formular las mayores reservas a la teoría que desearía erigir en principio la regla según la cual los derechos otorgados a terceros en convenciones internacionales en las que el Estado beneficiario no es parte, no pueden modificarse ni suprimirse tan siquiera por quienes los han otorgado, sin el consentimiento de ese tercer Estado. Semejante teoría comprometería tan gravemente el futuro de las convenciones de este tipo que ahora están en vigor, que en verdad conviene no correr el peligro de apoyarse en ella para llegar a no importa qué conclusión. »

Basándose evidentemente en esta opinión judicial, el volumen del *Harvard Research* comenta [109] :

« Sería contrario a uno de los principios en que descansa todo el sistema de los tratados el que se exigiera el consentimiento del tercer Estado, a cuyo favor se han estipulado unas ventajas, como requisito para la abrogación o modificación de un tratado por las partes que lo concertaron. Si, por la sola razón de que un tercer Estado es beneficiario de una estipulación contenida en un tratado entre otros Estados, y en el que él mismo no es parte, se admitiese que su consentimiento es necesario para la abrogación o modificación del tratado por las partes que lo han concertado, bien podría afirmarse que en lo sucesivo se concluirían pocos tratados — quizá ninguno — con tal tipo de estipulaciones. Parece ser un sano principio, por tanto, que cuando un Estado que no es parte en un tratado se beneficia, sin embargo, de ventajas o privilegios derivados de dicho tratado, estas ventajas o privilegios han de ser considerados de carácter precario, que pueden ser gozados sólo mientras las partes mantengan entre sí la vigencia del tratado y cumplan sus estipulaciones. El Estado que acepta tales ventajas y las aprovecha debe hacerlo con pleno conocimiento de que su duración es precaria y con sujeción a cualquier riesgo que pueda resultar de la presunción de que las mismas han de perdurar. »

90. *Excepciones al principio contenido en el párrafo 4.* La opinión que se acaba de citar es incuestionablemente correcta. Con todo, le parece al Relator Especial que, en las circunstancias señaladas en los incisos *a*) y *b*) del párrafo 4 del artículo que se comenta, deben admitirse ciertas excepciones al principio. Aunque el tercer Estado que goza de los derechos referidos no es (como antes se señala en el párrafo 89 parte en el tratado, existe, sin embargo, una relación jurídica que puede considerarse de carácter cuasi contractual, entre él y las partes. Si — según se prevé en el *inciso* a) — las partes se han comprometido a mantener el tratado indefinidamente en vigor, o a no denunciarlo o no modificarlo sin el consentimiento del tercer Estado, entonces ello formará parte del derecho mismo que el tercer Estado goza objetivamente como consencuencia del tratado : figurará en el mismo plano que el contenido sustantivo del derecho. Cuando — *inciso* b) — las cláusulas del tratado favorables al tercer Estado son de índole « dispositiva » (por ejemplo, disposición sobre el traspaso al tercer Estado de un territorio) y han sido ya ejecutadas, no permiten que se vuelva de nuevo a la situación anterior, si no es mediante un nuevo acto internacional, para el cual el tercer Estado habrá de dar su consentimiento. Si — previsto en el *inciso* c) — el tercer Estado, como consecuencia de la terminación o modificación del derecho sustantivo, sufre algún perjuicio que trasciende de las simples consecuencias de esa terminación o modificación, es decir, si ello no le hace simplemente retroceder a la posición que ocupaba antes de recibir y ejercer el derecho, sino que lo coloca en una situación *peor*, también se considera que debe obtenerse su consentimiento antes de efectuar cualquier cambio, toda vez que el derecho o beneficio le fue deliberadamente otorgado por las partes. No obstante, si se considera excesivo dar al tercer Estado lo que equivaldría a un veto en la cuestión, debe por lo menos preverse que, en tales casos, no deberá efectuarse ningún cambio en la situación sin consultar previamente con el tercer Estado y sin tener plenamente en cuenta sus puntos de vista, debiendo además, prescribirse el pago de una indemnización.

ARTÍCULO 21. DISPOSICIONES DE UN TRATADO QUE HACEN DESAPARECER O MODIFICAN ALGUNA INHABILITACIÓN O PROHIBICIÓN A LA QUE EL TERCER ESTADO SE HALLABA SUJETO ANTERIORMENTE

91. Sin duda éste es un caso importante y muy frecuente, por lo que, aun estando estrictamente regulado por el principio del artículo 20, merece que se le dedique un artículo distinto. Las partes en el tratado no sólo pueden conferir por él derechos o ventajas a un tercer Estado, sino también liberarle de alguna incapacidad o prohibición a la que se hallaba sujeto previamente (por ejemplo, no ceder cierto territorio sin autorización, no formar una unión aduanera con otro país, etc.). Es probable que esta incapacidad o prohibición se haya impuesto en virtud de un tratado en el que sea parte el tercer Estado, pero la forma de su original establecimiento carece de importancia. La cuestión es, que una vez que

[106] *Ibid.*, págs. 661 y 924.

[107] *Ibid.*, págs. 936 y 937.

[108] *Publications of the Permanent Court of International Justice*, Series A./B., N.º 46, pág. 185.

[109] *Op. cit.*, pág. 937.

ha tenido lugar la liberación, no cabe volver hacia atrás conforme al principio usual de las cláusulas ejecutadas a que se hace referencia en el párrafo 90, excepto por un nuevo acto internacional en el que tendrá que ser parte y dar su consentimiento el tercer Estado.

Subrúbrica *a*) 2. Acto de un solo Estado

ARTÍCULO 22. DECLARACIONES UNILATERALES POR LAS QUE SE CONFIEREN DERECHOS A OTROS ESTADOS

92. *Párrafo 1.* Este artículo constituye la contrapartida, en la esfera de los derechos, del artículo 12, salvo, por supuesto, que el tercer Estado no puede, como en el caso del artículo 12, ser quien haga la declaración, ya que ningún Estado puede atribuírse derechos unilaterales. Pero el tercer Estado puede beneficiarse de una declaración unilateral hecha por otro, si ésta crea efectivamente derechos jurídicamente exigibles. En consecuencia este artículo dispone, sin prejuzgar esta última cuestión, que cuando un Estado, por declaración unilateral, contrae compromisos jurídicamente obligatorios, ello crea derechos para terceros Estados.

93. *Párrafo 2.* Es totalmente especulativo. No parece haber ninguna opinión autorizada sobre este punto. En el caso de obligaciones asumidas por medio de una declaración puramente unilateral, y por consiguiente sin ninguna contraprestación, parece muy difícil negar al Estado que la hace el derecho a rescindirla o modificarla, a no ser que se haya hecho constar su carácter irrevocable; pero en las circunstancias mencionadas en el párrafo acaso sea razonable esperar que se pague una indemnización o que se haga otra reparación apropiada.

Rúbrica b. *Efectos* in favorem *producidos con la participación del propio tercer Estado*

Subrúbrica *b*) 1. Efectos producidos directa y conjuntamente por las partes y por el tercer Estado

ARTÍCULO 23. EJERCICIO POR EL TERCER ESTADO DE LA FACULTAD DE PARTICIPAR EN EL TRATADO

94. *Párrafo 1.* Si bien sigue siendo técnicamente un tercer Estado (conforme a la definición de este término dada en el artículo 1 del texto), aunque no sea totalmente extraño al tratado, un país puede pasar a ser parte en el mismo en las circunstancias que se indican en este párrafo, lo que desde luego tendrá por efecto y finalidad hacerle perder la condición de tercer Estado. Por supuesto, se puede sostener, como ya se ha observado en relación con el caso correspondiente del artículo 10 del texto (véase párr. 40, *supra*), que en realidad el tercer Estado no es un simple tercero respecto de las cláusulas formales del tratado de las que deriva el derecho a una participación sustantiva. Sin embargo, se incluye aquí este caso porque en tales circunstancias el tercer Estado, sin ser parte en el tratado, goza de un derecho en virtud del mismo: el de llegar a ser parte en él.

95. *Párrafo 2.* Este párrafo es especulativo y ya se ha estudiado en otro lugar la idea que encierra [110]. Esta idea no deja de ser razonable en sí misma, pero implica dificultades. El derecho no puede subsistir indefinidamente en ningún caso, ya que, de otra manera, el Estado que no lo ratificase nunca ejercería una especie de veto. De aquí la limitación de tiempo.

96. *Párrafo 3.* En relación con el tema de la conclusión de tratados se vio que los Estados que no sean signatarios originales de un tratado no tienen ningún derecho, en principio, a llegar a ser partes en él [111]. Esto ha de depender de las estipulaciones del tratado y de cualquier otra circunstancia que haga al caso. Igualmente hay que indicar que el mero hecho de que un tercer Estado disfrute de derechos o ventajas en virtud del tratado no puede significar la atribución de ningún derecho de tal tipo.

ARTÍCULO 24. CASO DE UN ACUERDO POR SEPARADO ENTRE TODAS LAS PARTES EN UN TRATADO, O UNA O MÁS DE ELLAS, Y UN TERCER ESTADO, QUE PRODUCE EFECTOS *IN FAVOREM* DE ESTE ÚLTIMO ANÁLOGOS A LOS DEL TRATADO

97. *Párrafo 1.* El caso mencionado en el inciso *a*) de este párrafo es simplemente la contrapartida del que, para las obligaciones, contiene el artículo 11. No implica ninguna dificultad teórica, ya que los derechos de que se trata se disfrutan enteramente en virtud del nuevo acuerdo.

98. *Cláusula de la nación más favorecida.* Las cláusulas de este tipo constituyen el ejemplo más corriente de derechos en un tratado A que un tercer Estado adquiere en virtud de un tratado B, concluído por separado. X conviene con Y, mediante el tratado B, en darle un trato tan favorable como el que conceda a otro país. Posteriormente, X otorga cierto trato a Z en virtud del tratado A. X ha de conceder entonces el mismo trato a Y, aunque éste es un tercer Estado en lo que se refiere al tratado A, y no tiene ningún derecho directo en virtud de él.

99. En cuando al inciso *b*), en principio no parece que haya ninguna razón que se oponga a que sólo una o varias de las partes acuerden dar al tercer Estado dicho trato, siempre que tales partes puedan hacerlo así sin el consentimiento de las restantes.

100. *Párrafo 2.* Desde luego puede ser incompatible con las disposiciones o con los fines del tratado el hecho de que una o varias de las partes consientan en conferir derechos o ventajas en virtud de él a un tercer Estado. Toda tentativa de hacerlo implicará entonces un conflicto que deberá ser resuelto conforme a las reglas ordinarias para la solución de conflictos entre diferentes tratados u otros acuerdos [112].

101. *Párrafo 3.* No hay duda de que en los casos comprendidos en el párrafo 1 el derecho del tercer Estado, si existe, a oponerse a que se anule o se modifique el tratado sin su consentimiento dependerá por completo del nuevo acuerdo, y sólo tendría validez frente a las demás partes en éste. Muy bien puede ocurrir que, a pesar de haber sido denunciado o modificado el tratado principal, el tercer Estado siga gozando de los mismos derechos o ventajas en virtud del nuevo acuerdo y

[110] Véanse los artículos 29 y 30, y el comentario a los mismos, en el primer informe del Relator Especial: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 56.V.3.Vol. II), págs. 112, 121 y 122.

[111] Párrafo 2 del artículo 34, y comentario al mismo, en el primer informe del Relator Especial: *ibid.*, págs. 114, 125.

[112] Véase el artículo 18 y el comentario al mismo en el tercer informe del Relator Especial: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1958*, (publicación de las Naciones Unidas, N.º. de venta: 58.V.1.Vol.II), págs. 28, 44 a 48.

frente a las restantes partes del mismo, a menos que haya consentido en renunciar a ellas.

Subrúbrica *b*) 2. Efectos *in favorem* producidos indirectamente como consecuencia automática de la ejecución por el tercer Estado de obligaciones contraídas en virtud de disposiciones del tratado, o de conformidad con ellas, con el consentimiento expreso o tácito de las partes

ARTÍCULO 25. REGLA APLICABLE EN EL CASO DE TODOS LOS TRATADOS

102. *Párrafo 1.* No se puede citar ninguna autoridad concreta en apoyo de esta disposición, pero parece razonable y lógica en las circunstancias que se indican.

103. *Párrafo 2.* Es evidente que los terceros Estados no pueden insistir (a menos que se trate del caso comprendido en el artículo 26) en que se mantengan indefinidamente los derechos o ventajas que, sólo indirectamente han adquirido en virtud del párrafo 1 del artículo que se comenta. Pero en las circunstancias indicadas puede ser razonable el derecho a recibir una indemnización u otra reparación apropiada.

ARTÍCULO 26. CASO DEL USO DE UN TERRITORIO MARÍTIMO O TERRESTRE SUJETO A UN TRATADO O RÉGIMEN INTERNACIONAL

104. *Párrafo 1.* Este artículo es simplemente la contrapartida del artículo 14, y no precisa de más comentarios aparte de los formulados en relación con aquél. Se cree que las disposiciones de este párrafo corresponden a los hechos, es decir, a lo que ocurre en realidad en el caso, por ejemplo, de un curso de agua internacional (río, canal) que pasa a través de un territorio nacional.

105. *Párrafo 2.* Parece también que en algunos de estos casos, aunque no necesariamente en todos, el uso prolongado y constante ha dado origen a lo que equivale a un derecho al goce continuo de las facilidades o ventajas de que se trate, a menos que por un acuerdo internacional general se les ponga fin o modifique. Incluso cuando éste no sea el caso, parece haber motivos para prever una indemnización u otra reparación apropiada. Además, como la esencia de las pérdidas o de los daños o perjuicios consistiría en la misma extinción o disminución de derechos, parece que no hay motivo para circunscribir el derecho a la reparación a los casos comprendidos en el inciso *c*) del párrafo 4 del artículo 20, en los que el tercer Estado tiene que probar que las pérdidas o los daños y perjuicios han excedido a los causados por tal extinción o disminución.

Rúbrica c). *Efectos* in favorem *producidos por aplicación de la norma de derecho*

Subrúbrica *c*) 1. Efectos debidos a que el tercer Estado es efectivamente parte en el tratado, o llega a serlo, por aplicación de la norma de derecho

ARTÍCULO 27. CASOS DE SUCESIÓN, REPRESENTACIÓN Y PROTECCIÓN DE ESTADOS

106. Este artículo es sencillamente la contrapartida del artículo 15, y no precisa otros comentarios aparte de los hechos en relación con aquél.

Subrúbrica *c*) 2. Efectos *in favorem* que son consecuencia de la sujeción por aplicación de la norma de derecho a obligaciones análogas a las contenidas en el tratado y que operan como reglas consuetudinarias de derecho internacional

ARTÍCULO 28. CASOS DE DERECHOS QUE ADQUIEREN VIGENCIA EN DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO POR MEDIO DE LA APLICACIÓN DE TRATADOS-LEYES O TRATADOS NORMATIVOS

107. Se deduce automáticamente que si, por el proceso descrito en el artículo 16, un tercer Estado está o llega a estar sujeto a ciertas reglas que se consideran normas de derecho internacional consuetudinario por haber adquirido vigencia como tales por intermedio de un tratado, tal Estado tiene derecho a todas las ventajas de tal norma.

SUBSECCIÓN ii). EFECTOS O CONSECUENCIAS INDIRECTOS O INCIDENTALES *in favorem tertiis* (EFECTOS NO EN VIRTUD DEL TRATADO SINO EN RELACIÓN CON ÉSTE)

ARTÍCULO 29. EFECTOS *in favorem* QUE RESULTAN DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL RESPETO DE LOS ACTOS INTERNACIONALES LÍCITOS Y VÁLIDOS

108. *Párrafo 1* y *2.* Nuevamente nos encontramos en estos párrafos con la contrapartida a lo dispuesto en los artículos 17 y 18 en materia de derechos o ventajas. Sin embargo es muy posible que no se plantee ninguna cuestión de derechos o ventajas en relación con estas materias. Por ejemplo, lo que ocurre en el caso de muchos de los tratados que caen dentro del ámbito del artículo 18 es sencillamente que el régimen, estatuto, arreglo o disposición de que se trate es válido y se aplica *erga omnes.* Pero en algunos casos hay una circunstancia concomitante. Por ejemplo, en el caso de una zona desmilitarizada, el elemento concomitante de respetar las medidas de desmilitarización es el derecho a que sean respetadas por los demás. Como ya se ha visto, en el caso de los cursos de agua el elemento concomitante de respetar y observar las condiciones de paso y de uso puede y suele ser el disfrute de un derecho de paso y de uso. Desde luego, esto ha de depender de las estipulaciones de los tratados aplicables, las circunstancias, la práctica seguida, etc. El principio aplicable fue perfectamente enunciado por el Comité de Juristas en el asunto de las *Islas Aaland*[113] como sigue [114]:

> « En lo que se refiere a Suecia, sin duda no tiene ningún derecho contractual en virtud de las estipulaciones de 1856, ya que no era Potencia signataria. Tampoco puede beneficiarse de ellas como tercero a favor del que las partes contratantes hubieran creado un derecho convencional, ya que, aunque en general es posible crear un derecho a favor de un tercero en una convención internacional, es evidente que difícilmente puede admitirse esta posibilidad en este caso, puesto que la Convención de 1856 no menciona a Suecia ni como titular de un derecho directo en virtud de sus disposiciones ni siquiera como posible beneficiario indirecto de las mismas. Sin embargo, por razón del carácter objetivo del arreglo de la cuestión de las Islas Aaland por el Tratado de 1856 Suecia puede,

[113] Ya se ha estudiado este caso en lo relativo al aspecto de las obligaciones, en relación con el artículo 18 del texto. Véase párr. 72.

[114] *Idem.*

como Potencia directamente interesada, exigir que se cumplan las disposiciones de ese Tratado mientras las partes contratantes no lo hayan rescindido, tanto más cuanto que Suecia ha reivindicado siempre ese derecho y las Potencias signatarias no lo han impugnado jamás. »

También Rousseau, a pesar de las dudas a que se hace referencia en el párrafo 85, reconoce la existencia de derechos o beneficios a favor de terceros Estados en materia de comunicaciones internacionales, y citando algunos casos dice [115]:

« El derecho que regula las comunicaciones tiende, en efecto, a conceder la libertad de paso como derecho, y no como favor, a todos los Estados del mundo, sean cuales fueren los Estados que hacen la declaración o firman el acuerdo. El derecho de paso aprovecha a todos, tanto a los terceros Estados como a los Estados signatarios. Esto es de especial aplicación en materia de comunicaciones fluviales y marítimas (ríos y canales internacionales). »

109. *Párrafo 2.* Aquí se halla en juego algo más que el mero derecho a esperar que los demás Estados respeten también la situación de hecho o de derecho de que se trate. ¿Hasta qué punto puede el tercer Estado insistir en que se prolongue esa situación? Este es un caso distinto del de los tratados-leyes o tratados normativos del tipo al que se refieren los artículos 16 y 28 del texto. Desde luego, los tratados de referencia pueden ser modificados o incluso denunciados en cuanto tales. Pero las reglas que incluyen o que se ha llegado a admitir que incluyen con carácter de reglas generales de derecho internacional consuetudinario sólo pueden ser, en cuanto tales, modificadas válidamente *erga omnes*, por los medios que el derecho internacional admite para la modificación o creación de reglas de derecho consuetudinario.

110. En cuanto a los arreglos internacionales, es evidente que las partes pueden modificar a voluntad algunos de ellos, por ejemplo, los arreglos territoriales. El pasaje del informe del Comité de Juristas en el asunto de las *Islas Aland*, citado en el párrafo 108, indica que lo mismo cabe decir de los tratados por los que se desmilitariza o se neutraliza una zona. Al Relator Especial le parece dudoso, no obstante, que esta opinión sea enteramente correcta. Como se ha visto (párr. 105), en principio no parece exacta en lo relativo al caso de los cursos de agua internacionales que hayan sido utilizados en común y de forma general durante un período prolongado. Parecería que, en principio, debe prevalecer una posición un tanto similar en el caso de cualquier otro tratado contentivo de un arreglo internacional cuando se ha llegado a aceptar que tiene carácter *erga omnes*, por lo menos en la medida que se sugiere en el párrafo 2 del artículo, es decir, que los Estados *directamente interesados* [116] que observen debidamente las disposiciones del régimen o del arreglo tienen derecho a esperar que continúe éste, o por los menos que se les consulte antes de que se le dé término o modifique.

111. *Párrafo 3.* Aunque el tercer Estado sigue sin tener ningún derecho en virtud del tratado, puede gozar de algunos derechos por el hecho de observar sus disposiciones.

ARTÍCULO 30. EFECTOS INCIDENTALMENTE FAVORABLES A UN TERCER ESTADO QUE SE PRODUCEN AUTOMÁTICAMENTE POR LA SIMPLE APLICACIÓN DE UN TRATADO

112. Son muchos, por supuesto, por no decir innumerables, los modos por los que un tratado puede beneficiar incidental o indirectamente a un tercer Estado. Así, un tratado entre A y B que tenga por efecto limitar ciertas exportaciones de A a B puede crear mayores oportunidades para ese mismo tipo de exportaciones de C a B. Es evidente, no obstante, que como resultado de ello no se confiere a C ni siquiera el derecho más remoto, y huelga decir que C no puede tener ningún derecho a exigir que continúe en vigor el tratado o a oponerse a su extinción o modificación. Este artículo sólo se aplica, naturalmente, a los casos en los que el tercer Estado no disfruta de derechos más concretos o de una posición más favorable como consecuencia de cualquier otro artículo previo del texto.

[115] *Op. cit.*, pág. 463.

[116] Hubiera sido muy distinto en el caso de las islas Aland si, por ejemplo, el tercer Estado interesado que hubiese planteado al cuestión no hubiera sido Suecia sino algún otro país geográficamente remoto.

DIPLOMACIA AD HOC

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/129

Informe de A. E. F. Sandström, Relator Especial

[Texto original en inglés]
[11 de marzo de 1960]

INDICE

	Párrafos	*Página*
INTRODUCCIÓN	1 - 3	107
I. MISIONES ESPECIALES	4 - 26	107
A. Disposiciones generales del proyecto de 1958 (Título I)	9 - 22	108
B. Privilegios e inmunidades	23 - 26	109
II. ENVIADOS ITINERANTES	27 - 28	109
III. CONGRESOS Y CONFERENCIAS	29 - 43	109
IV. LUGAR Y ORDENACIÓN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS	44 - 51	111
V. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS		111
A. Versión I		111
B. Versión II		113

Introducción

1. Cuando, en su décimo período de sesiones celebrado en 1958, la Comisión de Derecho Internacional elaboró el texto de un « proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas », se ocupó únicamente de las misiones diplomáticas permanentes. Como la Comisión señaló en su introducción [1], las relaciones diplomáticas entre Estados « también revisten otras formas que pueden designarse con la expresión « diplomacia *ad hoc* », y que comprenden los enviados itinerantes, las conferencias diplomáticas y las misiones especiales enviadas a un Estado con una finalidad determinada ».

2. La Comisión, considerando que estas formas de diplomacia deben estudiarse también a fin de deducir las normas jurídicas que las regulan, pidió al autor de este documento, en su calidad de Relator Especial, que emprendiera dicho estudio y presentara su informe en un futuro período de sesiones. La Comisión, en el 11.º período de sesiones, celebrado en 1959, al tratar de su labor futura, decidió incluir el tema de la diplomacia *ad hoc*, entre otros, en el programma de su 12.º período de sesiones (1960). El Relator Especial había declarado ya su intención de presentar el informe antes del 12.º período de sesiones, en caso de que la Comisión acordara en firme abordar el examen de esta cuestión.

3. Al redactar su informe, el Relator Especial ha tratado primeramente, por razones de comodidad, la cuestión de las misiones especiales, por ser éstas, probablemente, las que más se parecen a las misiones permanentes.

I. Misiones especiales

4. A veces, un Estado confía el cumplimiento de un encargo diplomático especial en un Estado extranjero a un agente diplomático ajeno a la misión permanente que tiene acreditada en ese Estado. Puede hacerse así con motivo de ciertas ceremonias — coronaciones, bodas, funerales, jubileos, anuncios de accesión al trono, etc. [2]. Puede hacerse también para negociar y concertar un acuerdo sobre alguna cuestión diplomática especial que afecte a las relaciones entre los dos Estados. La razón puede ser el deseo de dar mayor relieve al acto de que se trate, o bien el deseo de emplear en la negociación diplomática, sin aumentar ni cambiar el personal de la misión permanente, a cierto personal (por ejemplo, a expertos en alguna materia) que la misión permanente no puede suministrar.

[1] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1958* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 58.V.1, Vol. II), pág. 96.

[2] Véase L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, revisado por H. Lauterpacht, 8.ª ed., Londres, Longmans, Green and Co., 1955, vol. I, págs 775 a 776.

5. En todo caso, puede decirse que lo que caracteriza una misión especial es que ésta realiza temporalmente un acto que normalmente corresponde a la misión permanente. El jefe de una misión especial es también, por lo general, aunque no siempre, un agente diplomático de carrera.

6. La semejanza entre las actividades y finalidades de una misión especial y las de una misión permanente plantean la cuestión de si las normas relativas a las relaciones e inmunidades diplomáticas deben aplicarse a las misiones especiales, y hasta qué punto.

7. En términos generales, parece natural que no se apliquen las normas dictadas por ciertas características propias de las misiones permanentes, que no se dan en las misiones especiales, y que en cambio se apliquen las normas referentes a funciones análogas por su naturaleza y finalidad.

8. Aplicando este criterio, la línea divisoria entre las disposiciones aplicables y las no aplicables del proyecto de 1958 separará el Título I, cuyos artículos responden en su mayor parte a las condiciones propias de las misiones permanentes, de los Títulos II, III y IV, que tratan directa o indirectamente de los privilegios e inmunidades basados esencialmente en las necesidades de la función diplomática. Los Títulos V y VI se refieren al proyecto de convención en sí, y por lo mismo deberían ser de aplicación general.

A. DISPOSICIONES GENERALES DEL PROYECTO DE 1958 (TÍTULO I)

9. Al examinar en detalle la aplicabilidad de las diversas normas del proyecto de 1958 a las misiones especiales se observa que las definiciones del artículo 1 podrían aplicarse también a estas últimas, aunque su personal no sea, por lo general, ni tan numeroso ni tan variado como el de las misiones permanentes. Sin embargo será preciso agregar una definición de la misión especial.

10. Los artículos 2 y 3 del proyecto de 1958, que tratan del establecimiento de una misión permanente y de sus funciones, no son aplicables, naturalmente, al caso de una misión especial. El establecimiento de una misión permanente es objeto de un acuerdo especial, independientemente de la designación de las personas que podrán componerla. El envío de una misión especial se funda también en un acuerdo, pero éste es un acuerdo *ad hoc*, y en él consta generalmente el nombre de la persona a quien se confía la misión. El Relator Especial estima que bastará con aludir al acuerdo *ad hoc* en el nuevo proyecto (artículo 2).

11. En cuanto a las funciones de una misión especial, ésta sólo se encarga de uno o varios de los aspectos concretos de las funciones diplomáticas generales a que se refiere el artículo 3 del proyecto de 1958, y en la definición bastará mencionar la naturaleza especial de sus atribuciones sin intentar enumerar las diversas funciones que éstas pueden comprender.

12. No hace falta una norma semejante a la enunciada en el artículo 4 del proyecto de 1958, que se refiere al nombramiento previo asentimiento, ya que el jefe de la misión será indudablemente mencionado en las comunicaciones cambiadas antes de concertarse el acuerdo relativo a la misión especial. Por la misma razón, tampoco parece necesaria una norma semejante a la del artículo 7 del proyecto de 1958. El asunto previsto en el artículo 5 del proyecto de 1958 no se plantea aquí.

13. No hay ninguna razón para aplicar la regla enunciada en la primera frase del artículo 6 del proyecto de 1958, y la segunda frase no puede aplicarse al caso de una misión especial.

14. Por otra parte, parece conveniente que se apliquen al caso de una misión especial disposiciones semejantes a las del artículo 8 del proyecto de 1958, ya que el éxito de tal misión dependerá en gran parte de que sean aceptables la persona o personas a quienes haya sido confiada. En interés de una administración ordenada, y a fin de dar al Estado recibiente la posibilidad de cumplir sus deberes para con la misión especial y sus miembros, convendría formular con respecto a las misiones especiales, disposiciones similares a las del artículo 9 del proyecto de 1958.

15. Las normas enunciadas en los artículos 10 y 11 del proyecto de 1958 no parecen tener aplicación alguna a las misiones especiales.

16. En cuanto a las cuestiones tratadas en los artículos 12 a 16 del proyecto de 1958, la práctica de las misiones especiales respecto a esos puntos no es uniforme.

17. Tomando como ejemplo la cuestión de la presentación de credenciales, sucede a veces que éstas se presentan oficialmente; así ocurre, sobre todo, en el caso de las misiones enviadas a ceremonias, en cuya ocasión la cuestión de la precedencia tiene alguna importancia. Por otra parte, tratándose de una misión especial enviada para celebrar negociaciones, en general se presenta únicamente un documento que acredita los poderes para negociar.

18. En lo que se refiere a la cuestión de la precedencia, conviene observar que el Reglamento de Viena, de 19 de marzo de 1815, que sirvió de base al artículo 15 del proyecto de 1958, contiene una disposición (artículo III) que dice así:

> « Los agentes diplomáticos en misión extraordinaria no tienen en tal concepto ninguna superioridad de categoría. » [3]

No parece que se haya seguido siempre esta regla. Genet [4] da la siguiente explicación:

> « En general la persona encargada de una misión especial no tiene rango diplomático propiamente dicho, por razón de la misión especial, aunque sí tiene carácter diplomático.
>
> « Por lo tanto, en principio, todo agente acreditado tiene precedencia sobre dicha persona; en la práctica, sin embargo, y como favor insigne, se suele conceder precedencia y se demuestran consideraciones especiales a los enviados de esta categoría. " No les corresponde precedencia, la reciben. " *Inter se*, se clasifican según su verdadero grado; a grado igual, el rango se determina por el orden de presentación de las cartas credenciales. » [5]

Cualquiera que sea el valor de este razonamiento, el artículo III del Reglamento de Viena sólo dice que una

---

[3] Véase M. Raventós e I. de Oyarzábal, *Textos internacionales*, Barcelona, editorial Bosch, 1936, tomo I, pág. 281.

[4] Raoul Genet, *Traité de diplomatie et de droit diplomatique*, París, A. Pédone, 1931, tomo I, pág. 86.

[5] *Ibid.*, pág. 86.

misión extraordinaria no concede ninguna superioridad de categoría. La práctica más reciente ha consistido en reconocer a los jefes de misiones especiales de carácter ceremonial un rango, valedero al menos entre ellos, según el orden de presentación de las cartas credenciales [6]. Por último, conviene notar que para el cumplimiento de misiones diplomáticas especiales, por ejemplo, para negociar asuntos de carácter muy técnico, se recurre cada vez más a personas que no son diplomáticos de carrera. Esas personas no pertenecen a ninguna categoría diplomática bien definida y no pueden entrar en la clasificación contenida en el artículo 13 del proyecto de 1958.

19. Por las razones expuestas, el Relator Especial ha considerado conveniente insertar en el proyecto relativo a las misiones especiales una disposición (artículo 10) que reproduce en esencia el artículo III del Reglamento de Viena.

20. En ese artículo podría incluirse un segundo párrafo que formulara, en lo referente a los enviados especiales con misión ceremonial, una regla análoga a la del párrafo 1 de lartículo 15 del proyecto de 1958. Sin embargo, siendo así que la práctica no parece estar claramente definida a este respecto, el Relator Especial cree preferible no hacer por el momento ninguna propuesta.

21. El artículo 17 del proyecto de 1958 no parece tener ninguna relación con el caso de una misión especial.

22. Podría considerarse la inclusión de una disposición similar a la del artículo 18 del proyecto de 1958 para autorizar el uso de la bandera y del escudo del Estado mandante en el automóvil del jefe de una misión de carácter ceremonial. Sin embargo, como entonces sería difícil distinguir entre éste y el jefe de la misión permanente, y dado que la falta de una regla no implica prohibición en la práctica, quizá sea preferible no formular una disposición expresa a este respecto.

B. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES

23. Pasando a la aplicabilidad de las disposiciones del Título II del proyecto de 1958, ya se ha dicho en el párrafo 8, *supra*, que esta parte del proyecto sería aplicable, en conjunto, a las misiones especiales. Estas cumplen tareas que normalmente forman parte de las funciones habituales de las misiones permanentes, y como los privilegios e inmunidades se conceden en interés de dichas funciones y a fin de fomentar buenas relaciones entre los Estados, es natural que se concedan también a las misiones especiales esas ventajas, salvo las que se deben a la situación particular de las misiones permanentes.

24. Entre los privilegios de esta última categoría figuran los previstos en los artículos 19, 21, 24 y 26 del proyecto de 1958. La necesidad de disponer de locales no es tal para una misión especial que se justifique el adoptar en favor de ésta una disposición semejante a la del artículo 19 del proyecto de 1958, y en todo caso parecería más natural resolver el asunto al concertar el acuerdo relativo a la misión. Tampoco parece necesario incluir una disposición parecida a la del artículo 21 del proyecto de 1958, tanto menos cuanto que la duración de una misión especial suele ser breve. El artículo 24 del proyecto de 1958 se basa en consideraciones relacionadas con las funciones de una misión permanente, funciones que difícilmente se confiarían a una misión especial; y en lo que se refiere al artículo 26 del proyecto de 1958, no es probable que una misión especial perciba derechos o aranceles.

25. En cambio, no parece haber ninguna razón para no aplicar a las misiones especiales los demás artículos del Título II del proyecto de 1958. Lo mismo puede decirse respecto del artículo 35 del proyecto de 1958, que trata de la adquisición de la nacionalidad, aunque no es muy probable que se den los casos previstos en él.

26. Los tratadistas parecen estar de acuerdo en que las inmunidades diplomáticas rigen también para las misiones especiales, aunque no estudian la cuestión de manera detallada. La Convención de La Habana de 1928 sanciona la misma regla [7].

II. Enviados itinerantes

27. Un enviado itinerante es un agente diplomático enviado por un Estado sucesivamente a varios otros Estados, sin estar acreditado en ninguno de ellos, para desempeñar una misión diplomática especial, cuyo cumplimiento en los diferentes Estados suele requerir cierta coordinación especial.

28. Desde el punto de vista de cada Estado recibiente, la misión del enviado itinerante parece ser una misión especial; y, considerada en totalidad, puede decirse que representa una serie de misiones especiales a diferentes países. El hecho de que estas misiones consecutivas estén ligadas por un objetivo común no parece justificar la adopción de normas especiales distintas de las aplicables a una misión especial.

III. Congresos y conferencias

29. Un congreso o conferencia es una reunión de representantes de varios Estados, encargados de discutir y resolver cuestiones — de orden político, social, económico, cultural o de otra índole — referentes a las relaciones entre los Estados.

30. El término « congreso » solía usarse antiguamente para designar una reunión de plenipotenciarios encargados de resolver un litigio, y más especialmente de concertar un tratado de paz. En la actualidad, los términos « congreso » y « conferencia » se usan indistintamente.

31. En general, después de una discusión preliminar entre los Estados interesados, uno de ellos — de ordinario el Estado donde habrá de celebrarse la conferencia — invita a los demás a la reunión.

32. Los portavoces oficiales de un Estado se denominan plenipotenciarios o delegados. Pueden ser de dos clases: los que participan en los trabajos, y los que sólo asisten en calidad de observadores. Suelen hacerse auxiliar por expertos y técnicos. Los plenipotenciarios y su personal auxiliar forman juntos lo que se conoce con el nombre de delegación.

[6] Véase Ernest Satow, *A Guide to Diplomatic Practice*, London, Longmans, Green & Co., 1957, 4.ª ed. por Sir Neville Bland, págs. 41 a 43.

[7] Convention on the Status of Aliens signed at Havana on 20 February 1928 (League of Nations *Treaty Series*, vol. CXXXII, 1932-1933, N.º 3045).

33. En lo que respecta a las relaciones entre el Estado donde se celebra el congreso o conferencia, y cada uno de los Estados participantes, la situación parecer ser, en conjunto, igual a la que existe en el caso de una misión especial que negocia con el Estado recibiente, aun cuando las negociaciones se verifiquen entre todos los Estados participantes. No es necesario que los plenipotenciarios sean diplomáticos de carrera, pero la índole de su tarea hace que la delegación tenga esencialmente el carácter de una misión diplomática.

34. Una primera consecuencia de esta analogía es que lo dicho antes, en los párrafos 7 y siguientes, *supra*, acerca de la aplicabilidad de las disposiciones generales (Título I) del proyecto de 1958 a las misiones especiales es asimismo válido en lo que respecta a los congresos y conferencias.

35. Pero además hay ciertos otros aspectos que deben ser tratados en el proyecto.

36. Uno de ellos es la cuestión de la precedencia, que reviste un carácter especial en los congresos y conferencias. ¿En qué orden deben colocarse los asientos de las delegaciones? Hoy día, parece estar generalmente aceptado el principio de que los Estados, por razón de su igualdad en derecho internacional, deben tener sus asientos en el orden alfabético inglés (o francés) de sus nombres, salvo que se acuerde otra cosa. Puede acordarse un orden diferente cuando existe alguna razón válida para que los participantes se dividan en grupos, como puede ocurrir, por ejemplo, en una conferencia de paz [8]. Por consiguiente, conviene insertar en el proyecto una disposición en dicho sentido.

37. Aparte de esta cuestión, parece oportuno que el proyecto contenga también un artículo sobre la forma en que deberán determinarse el programa y la organización de la conferencia o congreso (elección de la mesa, comisiones y comités, secretaría, orden de las votaciones, etc.). El programa se determina por acuerdo previo entre las partes; y la organización, si no está ya fijada por el acuerdo previo o por referencia a un reglamento, la decide el propio congreso o conferencia al principio de sus trabajos [9].

38. En cuanto a los privilegios e inmunidades, los tratadistas coinciden, en general, en que los plenipotenciarios y el personal a sus órdenes deben gozar plenamente de los privilegios diplomáticos. Para justificar esta opinión, se invoca a veces el carácter diplomático de la misión confiada a la delegación [10]. Satow escribe que « quizá se susciten dudas, por falta de jurisprudencia, acerca de la amplitud de las inmunidades a que tienen derecho los plenipotenciarios y los miembros de sus séquitos » [11]. Y más adelante agrega ; « Antiguamente, casi siempre asistían a los congresos y conferencias internacionales personajes de alto rango ministerial o agentes diplomáticos ya acreditados e investidos de sus privilegios diplomáticos; en la actualidad, los plenipotenciarios designados son a menudo funcionarios públicos u otras personas elegidas por su dominio de los temas que han de discutirse, y esas personas, junto con sus auxiliares, constituyen las delegaciones a la conferencia » [12].

39. El Relator Especial no cree que los hechos citados sean de por sí suficientes para negar a los miembros de una delegación los plenos privilegios diplomáticos, toda vez que se considera que esos privilegios se justifican en « interés de la función ». De todos modos, las disposiciones de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General el 13 de febrero de 1946 por la resolución 22 A(I), y el Arreglo Provisional sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas concertado entre el Consejo Federal Suizo y el Secretario general de las Naciones Unidas, firmado, éste último, los días 11 de junio y 1.º de julio de 1946 [13] dan lugar a algunas vacilaciones a ese respecto. El artículo IV de ambos instrumentos se refiere a los privilegios e inmunidades que se concederán a los representantes de los Miembros de las Naciones Unidas en los órganos principales y subsidiarios y en las conferencias convocadas por las Naciones Unidas; y, entre dichos privilegios e inmunidades, la inmunidad de jurisdicción se limita a « todos sus actos y expresiones, ya sean orales o escritas, en tanto se encuentren desempeñando sus funciones en dicha capacidad », en cambio, conforme al proyecto de 1958 de la Comisión, un miembro de una misión permanente disfruta de una inmunidad de jurisdicción más completa en el Estado recibiente.

40. La cuestión aquí tratada está tan íntimamente ligada a la de los privilegios e inmunidades en las conferencias convocadas por las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales (tema que la Comisión habrá de examinar más adelante) que convendría considerar si la cuestión de los privilegios e inmunidades de los congresos y conferencias en general no debe ser aplazada para examinarla más adelante en ese otro contexto.

41. De todos modos, es posible establecer una distinción entre las conferencias en general, por una parte, y las conferencias convocadas por las Naciones Unidas, por otra. Estas últimas son, en cierto modo, una prolongación de la Organización de las Naciones Unidas y cabe sostener que ellas deben regirse por las mismas normas que las reuniones de los órganos de las Naciones Unidas, y no por las aplicables a los congresos o conferencias ordinarios. Por tanto, las disposiciones citadas en el precedente párrafo 39 no son necesariamente las que rigen los congresos y conferencias en general.

42. Por otra parte, sería bastante incongruente establecer normas diferentes para los dos géneros de conferencias y hacer que el que es o podría ser más importante disfrutase de menos protección que el otro.

43. En espera de que la Comisión discuta el asunto, el Relator Especial inserta en el proyecto una norma que, en consonancia con la del proyecto de 1958 relativa

---

[8] Véase Genet, *op. cit.*, tomo III, págs 226 y sigtes. Véase también Satow, *op. cit.*, pág. 310.

[9] Véase Genet, *op. cit.*, tomo III, págs. 133, 149 y 176 y sigtes. Véase también Satow, *op. cit.*, págs. 305, 306 y 310.

[10] Véase Satow, *op. cit.*, págs. 207 y 208, y las referencias citadas en ese texto.

[11] *Ibid.*, pág. 207.

[12] *Ibid.*, pág. 207.

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, segunda parte del segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, documento A/175, anexo 17.

a las misiones permanentes, confiere plenos privilegios, aunque con una reserva para las conferencias regidas por acuerdos particulares.

IV. Lugar y ordenación del proyecto de artículos

44. A juicio del Relator Especial, el proyecto de artículos sobre los temas de que trata este informe debería insertarse a continuación del proyecto de artículos de 1958, y ello en forma de una serie de títulos que sigan a un primer título formado por el proyecto de artículos de 1958.

45. La adopción de este método tropieza con el obstáculo de que, el 7 de diciembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió por la resolución 1450 (XIV) que se convocara a una conferencia internacional a fin de examinar el proyecto de artículos de 1958, y que esta conferencia se reuniera a más tardar en la primavera de 1961.

46. Si examinase el informe en su período de sesiones de este año, que debe iniciarse el 25 de abril de 1960, la Comisión debería normalmente, conforme al artículo 21 de su estatuto, preparar un proyecto preliminar y pedir a los Gobiernos que presenten sus observaciones sobre el mismo, y luego, conforme al artículo 22, tomar en consideración esas observaciones y preparar un proyecto definitivo con un informe explicativo que presentaría con sus recomendaciones a la Asamblea General, por conducto del Secretario General. Estos trámites no podrían concluirse antes de la conferencia proyectada para la primavera de 1961.

47. Desde luego, ha de dejarse enteramente al arbitrio de la Asamblea General el tomar una de las siguientes decisiones: 1) aplazar la conferencia; o 2) excusar la aplicación de la regla del artículo 22 y trabajar sobre el proyecto que pudiera elaborar la Comisión este año; o aún 3) examinar más adelante y por separado este proyecto, una vez que la Comisión haya elaborado un proyecto definitivo.

48. Parece posible adoptar incluso el segundo método indicado, puesto que el nuevo proyecto de artículos se refiere principalmente al campo de aplicación de unos artículos ya existentes.

49. En cuanto a la forma de los artículos, parece innecesario reproducir todo el texto de los artículos del proyecto de 1958. La mayor parte de ese texto puede incorporarse por medio de referencias. Se han preparado dos versiones del proyecto, una detallada y la otra condensada.

50. El Relator Especial recomienda la primera, por ser más clara.

51. Si el presente proyecto de artículos y el de 1958 hubieran de refundirse en un solo texto, sería aconsejable reunir todas las definiciones en un artículo inicial (artículo 1); formar con los artículos 2 a 43 del proyecto de 1958 un título I denominado « Relaciones diplomáticas por medio de misiones permanentes »; formar con los artículos del presente proyecto los títulos II y III, y agregar un título IV constituido por los artículos 44 y 45 del proyecto de 1958, que serían aplicables a todo el nuevo proyecto.

V. Texto del proyecto de artículos

A. VERSIÓN I

TÍTULO I. RELACIONES DIPLOMÁTICAS POR MEDIO DE ENVIADOS ITINERANTES Y MISIONES ESPECIALES

Definiciones

Artículo 1

A los efectos del presente título:

a) Por « enviado itinerante » se entenderá una misión diplomática dirigida por un enviado que represente al Estado mandante en varios otros Estados, pertenecientes o no a una misma región, sin estar acreditado ante ninguno de dichos Estados;

b) Por « misión especial » se entenderá una misión diplomática enviada por un Estado a otro Estado para cumplir un encargo diplomático especial;

c) Por « proyecto de 1958 » se entenderá el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas que la Comisión de Derecho Internacional elaboró en su décimo período de sesiones y recomendó a la Asamblea General con miras a la concertación de una convención;

d) Las definiciones contenidas en el artículo 1 del proyecto de 1958 serán igualmente aplicables a los miembros del personal de la misión de un enviado itinerante o de una misión especial.

Campo de aplicación del Título I

Artículo 2

Si un Estado acepta recibir a un enviado itinerante o a una misión especial de otro Estado, se aplicarán las normas que se expresan a continuación.

Persona declarada « *non grata* »

Artículo 3

Aun en el caso de que el Estado recibiente haya dado su asentimiento formal respecto de un enviado itinerante, del jefe de una misión especial o de un miembro de sus respectivas misiones, las normas enunciadas en el artículo 8 del proyecto de 1958 les serán aplicables.

Facilidades y libertad de comunicación

Artículo 4

1. El Estado recibiente concederá a la misión del enviado itinerante o a la misión especial toda clase de facilidades para el desempeño de sus funciones.

2. Las comunicaciones oficiales del enviado itinerante o de la misión especial se regirán por las normas enunciadas en el párrafo 1 del artículo 25 del proyecto de 1958.

3. La correspondencia oficial del enviado itinerante o de la misión especial y las valijas y los correos diplomáticos que utilicen se regirán por las normas enunciadas en los párrafos 2 a 5 del artículo 25 del proyecto de 1958.

Inviolabilidad de los locales y archivos de la misión

Artículo 5

Los locales oficiales de un enviado itinerante o de una misión especial, así como sus archivos y documentos, gozarán de la inviolabilidad prevista en los artículos 20 y 22 del proyecto de 1958.

Inviolabilidad de la persona, de la residencia particular y de los bienes

Artículo 6

El enviado itinerante o el jefe de una misión especial gozará de la inviolabilidad personal y de la inviolabilidad de su residencia particular y sus bienes que están previstas en los artículos 27 y 28 del proyecto de 1958 con respecto a los agentes diplomáticos.

Inmunidad de jurisdicción y otras exenciones

Artículo 7

1. A menos que sea nacional del Estado recibiente, el enviado itinerante o el jefe de una misión especial gozará de la misma inmunidad de la jurisdicción del Estado recibiente y de las mismas exenciones respecto de sus leyes en general que las que conceden al agente diplomático el artículo 29 y los artículos 31 a 35 del proyecto de 1958.

2. En cuanto a la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, se aplicarán las normas enunciadas en el artículo 30 de dicho proyecto.

Personas que gozan de privilegios e inmunidades

Artículo 8

1. Fuera del enviado itinerante y del jefe de una misión especial, los miembros de su familia que formen parte de su hogar, así como el personal diplomático, administrativo y técnico de las misiones y los miembros de sus familias que formen parte de sus hogares, gozarán de los privilegios e inmunidades mencionados en los artículos 6 y 7, siempre que no sean nacionales del Estado recibiente.

2. A menos que sean nacionales del Estado recibiente, los miembros del personal de servicio de una misión y los criados particulares de los miembros de una misión serán tratados de la misma manera que el personal correspondiente de una misión permanente en virtud de los párrafos 2 y 3 del artículo 36 del proyecto de 1958.

Personas que son nacionales del Estado recibiente

Artículo 9

El enviado itinerante y el jefe de una misión especial, los miembros de su personal y sus criados particulares serán tratados de la misma manera que las personas de análoga categoría de una misión permanente en virtud del artículo 37 del proyecto de 1958.

Precedencia

Artículo 10

El enviado itinerante o el jefe de una misión especial no tendrá, por la sola razón de su cargo, ninguna superioridad de categoría.

Duración de los privilegios e inmunidades

Artículo 11

En cuanto a la duración de los privilegios e inmunidades, el artículo 38 del proyecto de 1958 se aplicará por analogía.

Notificación de llegadas y salidas

Artículo 12

La llegada y la partida de los miembros del personal de un enviado itinerante o de una misión especial serán notificadas al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado recibiente. Se enviará una notificación similar respecto de todo miembro de la misión o criado particular que se contrate o separe del servicio en la localidad.

Deberes de los terceros Estados

Artículo 13

Las disposiciones del artículo 39 del proyecto de 1958 serán aplicables a los miembros de la misión de un enviado itinerante o de una misión especial, a su correspondencia oficial y demás comunicaciones oficiales, y a los correos diplomáticos utilizados por ellos.

Comportamiento hacia el Estado recibiente

Artículo 14

Las disposiciones del artículo 40 del proyecto de 1958 se aplicarán igualmente a la misión de un enviado itinerante, a una misión especial, a los miembros de la misión y a cualquier otra persona relacionada con dichas misiones que goce de privilegios e inmunidades diplomáticas.

Fin de las funciones de un enviado itinerante o del jefe de una misión especial

Artículo 15

Las funciones de un enviado itinerante o del jefe de una misión especial terminarán en los siguientes casos, entre otros:

a) Cuando se concluyan o interrumpan las transacciones que hayan motivado la misión del enviado itinerante o la misión especial;

b) Cuando el Gobierno del Estado mandante comunique al Gobierno del Estado recibiente que las funciones del enviado itinerante o del jefe de la misión han terminado (retiro);

c) Cuando, de conformidad con el artículo 3, el Estado recibiente comunique que considera terminadas las funciones del enviado itinerante o del jefe de la misión.

Facilidades para la salida
y protección de locales y archivos

Artículo 16

Las disposiciones del artículo 42 y de los párrafos *a*) y *b*) del artículo 43 del proyecto de 1958 serán igualmente aplicables respecto de la misión de un enviado itinerante o de una misión especial.

TÍTULO II. CONGRESOS Y CONFERENCIAS

Definiciones

Artículo 1

A los efectos del presente título:

a) Por « congreso » o « conferencia » se entenderá una reunión de representantes de dos o más Estados, que no formen un Estado federativo, celebrada para negociar, y en su caso concertar un acuerdo sobre cuestiones referentes a las relaciones entre los Estados;

b) Un Estado o un organismo internacional que sólo esté representado con fines de observación será considerado como participante en el congreso o conferencia;

c) Por « delegación » se entenderá la persona o el grupo de personas que representen en el congreso o la conferencia a un Estado, o a un organismo dotado de un estatuto internacional, que participe en el congreso o conferencia, y el personal auxiliar de dicha persona o grupo de personas;

d) Por « delegados » se entenderá el jefe de la delegación y los demás representantes de un mismo Estado en el congreso o conferencia, así como sus suplentes;

e) Por « personal auxiliar » de una delegación se entenderá las personas especialmente designadas para asistir a la delegación;

f) Por « miembros de la delegación » se entenderá los delegados y los miembros del personal auxiliar;

g) Los locales donde se celebren las reuniones del congreso o conferencia, o de sus comisiones o comités, y los locales de la secretaría, se considerarán ser los locales del congreso o conferencia.

Campo de aplicación del Título II

Artículo 2

Cuando un Estado invite a un congreso o conferencia a reunirse en su territorio, regirán las disposiciones siguientes, siempre que no haya un acuerdo internacional particular que esté en vigor respecto de tal congreso o conferencia.

Persona declarada « *non grata* »

Artículo 3

Las disposiciones del artículo 8 del proyecto de 1958 serán igualmente aplicables a los miembros de una delegación a un congreso o conferencia.

Programa del congreso o conferencia

Artículo 4

El programa (tema) del congreso o conferencia será determinado de común acuerdo entre las partes interesadas al celebrarse las discusiones preliminares anteriores a la invitación.

Organización

Artículo 5

Los detalles de organización del congreso o conferencia, como, por ejemplo, la elección de la Mesa, las disposiciones relativas a las comisiones o comités, a la secretaría, al orden de las votaciones y demás, serán determinados por el propio congreso o conferencia al principio de sus trabajos, si no se han determinado ya por un acuerdo anterior.

Precedencia

Artículo 6

En las sesiones del congreso o conferencia, las delegaciones ocuparán sus puestos en el orden alfabético de los nombres en inglés (o francés) de los países participantes, a menos que haya razones especiales para dividir a los participantes en diferentes grupos.

Locales del congreso o conferencia

Artículo 7

Los locales del congreso o conferencia y sus archivos y documentos gozarán de la misma inviolabilidad que los locales y archivos oficiales de una misión diplomática permanente conforme a los artículos 20 y 22 del proyecto de 1958.

Locales de las delegaciones,
residencias particulares de los delegados
y del personal, privilegios e inmunidades

Artículo 8

Las disposiciones de los artículos 4 a 16 del Título I de este proyecto se aplicarán por analogía a los locales, archivos, documentos y correspondencia de las delegaciones; a los privilegios e inmunidades de los delegados y del personal auxiliar y de los miembros de sus familias; al trato dado a sus criados particulares; a los deberes de los terceros Estados y, en general, a los demás asuntos tratados en dichos artículos.

Para la aplicación del presente artículo, el jefe de la delegación será asimilado a un jefe de misión; los demás delegados, a los agentes diplomáticos; y los diferentes grupos que formen el personal auxiliar, a los grupos del personal de una misión a los cuales correspondan del modo más exacto.

B. VERSIÓN II

TÍTULO I. RELACIONES DIPLOMÁTICAS
POR MEDIO DE ENVIADOS ITINERANTES
Y MISIONES ESPECIALES

Definiciones

Artículo 1

A los efectos del presente título:

a) Por « enviado itinerante » se entenderá una misión diplomática dirigida por un enviado que represente al Estado mandante en varios otros Estados, pertenecientes o no a una misma región, sin estar acreditado ante ninguno de dichos Estados;

b) Por « misión especial » se entenderá una misión diplomática enviada por un Estado a otro para cumplir un encargo diplomático especial;

c) Por « proyecto de 1958 » se entenderá el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas que la Comisión de Derecho Internacional elaboró en su décimo período de sesiones y recomendó a la Asamblea General con miras a la concertación de una convención.

d) Las definiciones contenidas en el artículo 1 del proyecto de 1958 serán igualmente aplicables a los miembros del personal de la misión de un enviado itinerante o de una misión especial.

Situación de la misión y de sus miembros

Artículo 2

Si un Estado acepta recibir a un enviado itinerante o a una misión especial de otro Estado, las siguientes disposiciones del Título I del proyecto de 1958, a saber, los artículos 8, 9, 20, 22, 23, 25, 27 a 40, 42 y los párrafos *a*) y *b*) del artículo 43, serán también aplicables en cuanto a la misión, a sus miembros, a las personas que formen parte de sus hogares y a sus criados particulares; a los deberes para con el Estado recibiente, de las personas que gocen de inmunidades; a los deberes de los terceros Estados; y a los demás asuntos regidos por dichos artículos.

Precedencia

Artículo 3

El enviado itinerante o el jefe de una misión especial no tendrá, por la sola razón de su cargo, ninguna superioridad de categoría.

Fin de la funciones de un enviado itinerante o del jefe de una misión especial

Artículo 4

Las funciones de un enviado itinerante o del jefe de una misión especial terminarán, por lo que atañe al Estado recibiente, en los siguientes casos, entre otros:

a) Cuando se concluyan o interrumpan las transacciones que hayan motivado la misión del enviado itinerante o la misión especial;

b) Cuando el gobierno del Estado mandante comunique al gobierno del Estado recibiente que las funciones del enviado itinerante o del jefe de la misión han terminado (retiro);

c) Cuando, de conformidad con el artículo 8 del proyecto de 1958, el Estado recibiente comunique que considera terminadas las funciones del enviado itinerante o del jefe de la misión.

TÍTULO II. CONGRESOS Y CONFERENCIAS DIPLOMÁTICOS

Para los artículos 1 a 7, el mismo texto que en la versión I.

Locales de las delegaciones, residencias particulares de los delegados y del personal, privilegios e inmunidades

Artículo 8

Las disposiciones a que se refiere el artículo 8 del Título I se aplicarán por analogía a los locales, archivos, documentos y correspondencia de las delegaciones; a los privilegios e inmunidades de los delegados y del personal auxiliar y de los miembros de sus familias; al trato dado a sus criados particulares; a los deberes de los terceros Estados y, en general, a los demás asuntos tratados en dicho artículo.

Para la aplicación del presente artículo, el jefe de la delegación será asimilado a un jefe de misión; los demás delegados, a los agentes diplomáticos; y los diferentes grupos que formen el personal auxiliar, a los grupos del personal de una misión a los cuales correspondan del modo más exacto.

DOCUMENTO A/CN.4/L.87

Disposiciones sobre diplomacia ad hoc propuestas por el Sr. Jiménez de Aréchaga para el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas preparado por la Comisión de Derecho Internacional en su décimo período de sesiones [1]

[*Texto original en inglés*]
[*10 de junio de 1960*]

1. En el artículo 1, después del apartado *e)*, insértese lo siguiente :

« e bis) Por « misión especial » se entiende una misión diplomática enviada a uno o más Estados por otro Estado para cumplir un encargo especial. »

2. En el artículo 41, después del apartado *c)*, insértese lo siguiente :

« d) En el caso de una misión especial, cuando se han cumplido las funciones para las cuales se acreditó la misión. »

3. Después del artículo 43, título IV, insértese lo siguiente :

« TÍTULO IVa. RELACIONES DIPLOMÁTICAS POR CONDUCTO DE MISIONES ESPECIALES

*Artículo 43*a

« Si un Estado acepta recibir una misión especial de otro Estado, se aplicarán a dicha misión las disposiciones de la presente Convención .»

[1] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1958, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 58.V.1, Vol. II), documento A/3859, cap. III.

DOCUMENTO A/CN.4/L.88

Memorándum del Sr. Jiménez de Aréchaga explicativo de su propuesta sobre diplomacia ad hoc (A/CN.4/L.87)

[*Texto original en inglés*]
[*15 de junio de 1960*]

1. La presentación de nuevas disposiciones sobre diplomacia *ad hoc* (A/CN.4/L.87) se debe a ciertas observaciones y sugestiones hechas por el Relator Especial en su informe sobre este tema (A/CN.4/129).

2. En los párrafos 46, 47 y 48 de su informe, el Relator Especial dice que la Asamblea General puede dispensar de la aplicación del artículo 22 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional y trabajar sobre el proyecto que pueda elaborar la Comisión en el presente período de sesiones.

3. Este procedimiento puede resultar aceptable para la Asamblea General, siempre que el proyecto de artículos sobre diplomacia *ad hoc* que apruebe la Comisión de Derecho Internacional constituya una adición breve e incontrovertible al proyecto de 1958 sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, compuesta de unas pocas disposiciones fundamentales que completen e integren dicho proyecto.

4. Tomando esto en consideración, parece preferible, como lo sugiere el Relator Especial en el párrafo 40 de su informe, aplazar el examen de las disposiciones sobre congresos y conferencias para hacerlo en relación con los privilegios e inmunidades de los delegados a las conferencias convocadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados.

5. Como dice el Relator Especial en el párrafo 42 de su informe, sería un tanto incongruente establecer normas diferentes para los dos géneros de conferencias y conceder a aquel que es o puede llegar a ser el más importante una protección menor que al otro. Esto es sin duda alguna posible, puesto que, según la Carta de las Naciones Unidas y las convenciones sobre privilegios e inmunidades aprobadas por la Asamblea General, los delegados a las conferencias organizadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de los organismos especializados no gozan de una completa inmunidad de jurisdicción sino, únicamente, de inmunidad en relación con « todos sus actos y expresiones, ya sean orales o escritos, en tanto se encuentren desempeñando sus funciones en dicha capacidad », y no gozan de una completa franquicia aduanera o fiscal. Además, según estas convenciones, gozan de estos privilegios e inmunidades únicamente los delegados, asesores y secretarios con rango diplomático y no sus familias ni sus criados particulares ni el personal auxiliar de las delegaciones.

6. Al parecer, resulta innecesario referirse de modo especial a la categoría calificada de « enviados itinerantes » puesto que, como lo señala el Relator Especial en el párrafo 28 de su informe, una misión itinerante en realidad es una serie de misiones especiales enviadas sucesivamente a distintos países. En vista de esta consideración, las disposiciones relativas a las misiones especiales también pueden aplicarse a los enviados itinerantes.

7. La presente propuesta sólo difiere de la presentada por el Relator Especial con respecto a la cuestión de las misiones especiales. En el párrafo 12 de su informe, el Relator Especial dice que no se necesita para las misiones especiales una disposición análoga a la del artículo 4 del proyecto de 1958 sobre relaciones e inmunidades diplomáticas (Nombramiento del jefe de la misión: asentimiento), por cuanto « el jefe de la misión será indudablemente mencionado en las comunicaciones cambiadas antes de concertarse el acuerdo relativo a la misión especial ». Aunque de ordinario puede procederse así, no se procede necesariamente en todos los casos. Por ejemplo, puede darse el caso de que las partes convengan en enviar y recibir respectivamente una misión especial antes de que se elija la persona a la que se confiará la misión. Para prevenir este caso, parece a la vez ventajoso y conveniente que pueda aplicarse una disposición del mismo tenor que el artículo 4 del proyecto sobre relaciones diplomáticas.

8. En el último párrafo citado de su informe, el Relator Especial dice que la cuestión prevista en el artículo 5 del proyecto sobre relaciones diplomáticas (Nombramiento ante varios Estados) no se plantea respecto de las misiones especiales. Sin embargo, la situación prevista en ese artículo no es en modo alguno excepcional. Por ejemplo, puede ser que en varios Estados vecinos se sucedan ceremonias de cambio de gobierno u otras. La extensión del artículo 5 a las misiones especiales puede convenir al caso de los enviados itinerantes.

9. Con relación al artículo 6 del proyecto sobre relaciones diplomáticas (Nombramiento del personal de la misión), cabe advertir que a menudo se nombran agregados militares, navales y aéreos a las misiones especiales. En consecuencia, parece conveniente conservar la regla que se enuncia en el artículo 6 del proyecto de 1958. Asimismo, el artículo 7 del proyecto de 1958 (Nombramiento de nacionales del Estado recibiente) puede en ciertos casos ser aplicable a las misiones especiales.

10. El Relator Especial también propone que se excluyan los artículos 10 (Número de miembros) y 11 (Oficinas fuera del lugar en que radique la misión) del proyecto de 1958. Es cierto que en la mayoría de los casos esas disposiciones no serán aplicables a las misiones especiales. Sin embargo, tal vez sea inconveniente excluir de la aplicación de estas disposiciones a las misiones especiales, pues si se lo hace se puede dar a entender que, de conformidad con el principio *inclusio unius est exclusio alterius*, las misiones especiales pueden pretender el derecho a tener un personal ilimitado o a abrir oficinas en cualquier lugar del territorio del Estado recibiente.

11. También puede decirse que el artículo 12 (Comienzo de las funciones del jefe de la misión) y los artículos 13 y 14 (Clases de jefes de misión) del proyecto sobre relaciones diplomáticas deben aplicarse, puesto que en la práctica se observan estas disposiciones en el caso de las misiones especiales.

12. Una regla negativa de precedencia como la que se propone en el artículo 10 de la versión I del proyecto presentado por el Relator Especial tal vez no sea conveniente. La relación de precedencia entre las misiones diplomáticas permanentes y las especiales puede ocasionar dificultades entre los funcionarios diplomáticos interesados del Estado acreditante, pero no hay al respecto una norma de derecho internacional. Esta es una cuestión que conviene dejar que el Estado acreditante y el Estado recibiente resuelvan de común acuerdo.

13. En cambio, el artículo 15 del proyecto de 1958 (Precedencia) parece que debe aplicarse a las misiones especiales. Lo mismo ocurre con el artículo 16 (Modo de recepción), sobre todo cuando se recibe al mismo tiempo a misiones especiales de varios países, como sucede a menudo. Además, la omisión de estos artículos puede ser inconveniente, pues puede interpretarse en el sentido de que esas normas no se aplican a las misiones especiales.

14. También parece oportuno incluir el artículo 17 (Encargado de negocios *ad interim*) del proyecto sobre relaciones diplomáticas, puesto que esta disposición puede invocarse en caso de enfermedad del principal negociador durante una gestión. Asimismo, debe incluirse el artículo 18 (Uso de la bandera y del escudo), pues su omisión dará a entender que no existe el derecho a usar esos emblemas en las ocasiones solemnes en que su uso es más oportuno.

15. Con respecto a los privilegios e inmunidades diplomáticos, el Relator Especial propone que se excluya a las misiones especiales de la aplicación de los artículos 19 (Alojamiento), 21 (Exención fiscal de los locales de la misión), 24 (Libertad de tránsito) y 26, según el cual los derechos y aranceles percibidos por la misión por actos oficiales están exentos de todo impuesto y gravamen.

16. Sin embargo, la práctica internacional corriente es conferir a los diplomáticos en misión especial exactamente los mismos privilegios e inmunidades que a los diplomáticos de las misiones permanentes. La Convención de La Habana de 1928, relativa a los funcionarios diplomáticos, dispone que los « funcionarios diplomáticos extraordinarios », definidos en su artículo 2 como « los encargados de misión especial », « gozan de las mismas prerrogativas e inmunidades que los ordinarios » (artículo 9).

17. Al parecer, la intención del Relator Especial no es la de proponer que se modifique esta norma bien establecida. Con todo, excluye los precitados artículos fundándose en que en general no serán aplicables a las misiones especiales. Asimismo, el hecho de que estas disposiciones puedan ser inaplicables en muchos casos, o en la mayoría de casos, no significa que se las deba omitir en el proyecto, pues de ese modo se impedirá su aplicación en los casos en que pueden tener una influencia en el cumplimiento de una misión especial. Puede interpretarse muy bien que su omisión significa que los privilegios relativos a la libertad de tránsito o a la exención fiscal, por ejemplo, no pueden aplicarse nunca a una misión especial.

18. De las consideraciones antes expuestas puede deducirse claramente que todas las disposiciones del proyecto de 1958 son procedentes y deben aplicarse a las misiones especiales, con la condición de que el artículo 3 del proyecto de 1958 (Funciones de una misión diplomática) se interprete en el sentido de que sólo se aplica en lo que se refiere al encargo específico de la misión especial.

19. La única disposición adicional que al parecer hace falta en el caso de las misiones especiales es la relativa a la terminación de la misión una vez cumplidas las funciones que se le encargan. La disposición correspondiente está redactada como un apartado, análogo al párrafo 3 del artículo 25 de la Convención de La Habana de 1928 relativa a los funcionarios diplomáticos, y ha de insertarse en el artículo 41 del proyecto de 1958 (Diferentes modos de llegar a su término esas funciones).

20. El objeto del proyecto presentado en el documento A/CN.4/L.87 es expresar, por las razones indicadas, en una forma más resumida las varias ideas y sugestiones expuestas en el informe del Relator Especial, en particular las relativas a la forma del proyecto. La intención es que la presente propuesta constituya una adición al proyecto de 1958, según la sugestión hecha por el Relator Especial en el párrafo 51 de su informe, en el que dice que las disposiciones sobre diplomacia *ad hoc* que apruebe la Comisión pueden muy bien formar parte integrante del proyecto de convención sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

DOCUMENTO A/CN.4/L.89

Nueva propuesta presentada como alternativa por el Relator Especial

[*Texto original en francés*]
[*20 de junio de 1960*]

PRIVILEGIOS E INMUNIDADES CONFERIDOS A LAS MISIONES ESPECIALES

ARTÍCULO 1

Definición

Por « misión especial » se entiende una misión enviada por un Estado a otro Estado para cumplir un encargo diplomático especial y también la misión de un enviado itinerante que cumple por el Estado mandante encargos diplomáticos especiales en varios otros Estados.

ARTÍCULO 2

Privilegios e inmunidades conferidos a las misiones especiales

Si un Estado acepta recibir de otro Estado una misión especial, se aplicarán también a dicha misión las disposiciones de los títulos II, III y IV.

Comentarios

Insértese lo esencial de los párrafos 6, 7 y 8 del informe del Relator Especial (A/CN.4/129) y añádase lo siguiente :

a) En lo que se refiere a las disposiciones del título I del proyecto de 1958, no se excluye la posibilidad de que se den casos en los que se apliquen a las misiones especiales algunos de sus artículos. Sin embargo, esos artículos están en general concebidos para su aplicación a las misiones permanentes por sus características especiales, en particular su permanencia, su función destinada a asegurar el mantenimiento de las relaciones diplomáticas entre los países y la presencia en una capital de muchas otras misiones análogas. En cambio, las misiones especiales pueden tener una composición y una naturaleza muy diferentes y exigir una reglamentación variada. No ha resultado difícil para los Estados interesados solventar entre ellos las cuestiones de orden general que han podido plantearse al respecto, por lo cual no se considera necesario formular normas sobre el particular. Cuando las circunstancias sean análogas, los Estados pueden tener en cuenta las soluciones dadas a estas cuestiones en el proyecto de 1958.

b) A juicio de la Comisión, el examen, artículo por artículo, de los títulos II, III y IV del proyecto, que se refieren en particular, directa o indirectamente, a los privilegios e inmunidades diplomáticos, demuestra que no hay por qué excluir la aplicación de esos artículos a las misiones especiales, aunque las disposiciones de algunos artículos, sobre todo las de los artículos 19, 21, 24 y 26, sólo pueden aplicarse a dichas misiones en circunstancias excepcionales.

RESOLUCION 1400 (XIV) DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LA CODIFICACION DE LOS PRINCIPIOS Y NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL RELATIVOS AL DERECHO DE ASILO

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/128

Nota de la Secretaría

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

1. Cuando la Sexta Comisión examinó el tema 55 del programa del decimocuarto período de sesiones de la Asamblea General, titulado « Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su undécimo período de sesiones »[1], el representante de El Salvador presentó un proyecto de resolución (A/C.6/L.443) en que se pedía a la Comisión de Derecho Internacional se sirviera proceder, tan pronto como lo considerase oportuno, a la codificación de los principios y normas del derecho internacional relativos al derecho de asilo.

2. Después de señalar que la cuestión figuraba en la lista de materias seleccionadas por la Comisión de Derecho Internacional en su primer período de sesiones para la codificación[2], y que el derecho de asilo, en su doble aspecto de asilo territorial y asilo diplomático, era una institución de origen muy antiguo, aceptada y aplicada en muchas partes del mundo, el representante de El Salvador observó que la práctica del derecho de asilo no había adquirido todavía la uniformidad adecuada y que el trabajo de la Comisión Internacional había de consistir a la vez en la codificación y en el desarrollo progresivo del derecho internacional.

3. Las diversas opiniones expresadas sobre la propuesta de El Salvador se hallarán en las actas resumidas de la 602.ª a 612.ª sesiones de la Sexta Comisión[3] y en el informe sobre esta cuestión presentado por la Comisión a la Asamblea General[4]. En el curso del debate el representante de Cuba presentó una enmienda (A/C.6/L.447), conforme a la cual la Comisión de Derecho Internacional habría dado prioridad a la codificación de esta cuestión; pero esta enmienda después fue retirada.

4. La mayoría de los representantes se pronunciaron en favor del proyecto de resolución de El Salvador, que la Sexta Comisión aprobó en su 612.ª sesión por 63 votos contra 1 y 12 abstenciones[5].

5. En su 842.ª sesión plenaria[6] celebrada el 21 de noviembre de 1959, la Asamblea General aprobó, sin debate y por 56 votos contra ninguno y 11 abstenciones, el proyecto de la Sexta Comisión, que pasó a ser la resolución 1400 (XIV) y dice lo siguiente:

« *La Asamblea General,*

« *Considerando* que es conveniente uniformar la aplicación de los principios y normas relativos al derecho de asilo,

« *Teniendo en cuenta* que en su primer período de sesiones la Comisión de Derecho Internacional incluyó el derecho de asilo en la lista provisional de materias de derecho internacional seleccionadas para su codificación,

« *Pide* a la Comisión de Derecho Internacional se sirva proceder, tan pronto como lo considere oportuno, a la codificación de los principios y normas de derecho internacional relacionados con el derecho de asilo. »

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimocuarto período de sesiones, Suplemento N.º 9.*

[2] *Ibid., cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10,* párr. 16.

[3] *Ibid., decimocuarto período de sesiones, Sexta Comisión,* 602.ª a 612.ª sesiones.

[4] Documento A/4253, párrs. 19 a 30.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimocuarto período de sesiones, Sexta Comisión,* 612.ª sesión.

[6] *Ibid., Sesiones Plenarias,* 842.ª sesión.

RESOLUCION 1453 (XIV) DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE EL ESTUDIO DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS AGUAS HISTORICAS INCLUIDAS LAS BAHIAS HISTORICAS

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/126

Nota de la Secretaría

[*Texto original en francés*]
[*26 de febrero de 1960*]

1. El proyecto de artículos referente al derecho del mar [1] preparado por la Comisión de Derecho Internacional que sirvió de base para los trabajos de la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no se ocupa del régimen de las aguas históricas. Pero en el párrafo 4 de su artículo 7 se hace mención de las bahías llamadas « históricas » al solo fin de excluir a esta categoría de bahías del dominio de aplicación de las reglas generales elaboradas para las bahías de tipo ordinario.

2. Con el fin de proporcionar información a la mencionada Conferencia en lo relativo a las bahías históricas, la Secretaría de las Naciones Unidas preparó una memoria sobre el tema [2].

3. En su 20.ª sesión plenaria, celebrada el 27 de abril de 1958, la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar aprobó una resolución por la cual, después de considerar que la Comisión de Derecho Internacional no ha previsto disposición alguna respecto del régimen de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas, y de reconocer la importancia del régimen jurídico de esas zonas, decidió pedir a la Asamblea General de las Naciones Unidas que dispusiera lo necesario para que se estudiase el régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas, y que el resultado de esos estudios fuese comunicado a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas [3].

4. En su 752.ª sesión plenaria, celebrada el 22 de septiembre de 1958, la Asamblea General incluyó en el programa de su decimotercer período de sesiones el tema titulado « Cuestión de la iniciación de un estudio del régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas » y lo asignó a la Sexta Comisión, la cual lo examinó en sus sesiones 597.ª y 598.ª, celebradas respectivamente el 5 y el 8 de diciembre de 1958.

5. Según se indica en el informe de la Sexta Comisión a la Asamblea General [4], la mayoría de los representantes que hablaron sobre el tema opinaron que, por falta de tiempo, sería preferible dejar el examen de esta cuestión para el decimocuarto período de sesiones de la Asamblea General.

6. El 10 de diciembre de 1958, en su 783.ª sesión plenaria, la Asamblea General, de acuerdo con la recomendación de la Sexta Comisión [5], aprobó la resolución 1306 (XIII), y decidió incluir este tema en el programa provisional de su decimocuarto período de sesiones.

7. En su 803.ª sesión plenaria, celebrada el 22 de septiembre de 1959, la Asamblea General incluyó en el programa de su decimocuarto período de sesiones el tema referido y lo asignó a la Sexta Comisión, la cual lo examinó en sus sesiones 643.ª a 646.ª, celebradas del 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1959.

8. En su informe a la Asamblea General [6], la Sexta Comisión señaló que durante el debate, unos representantes abordaron el examen de la cuestión en cuanto al fondo y consideraron, en particular, algunos de los problemas que plantea el régimen jurídico de las aguas históricas; ciertos representantes citaron casos concretos de reivindicaciones de aguas y bahías históricas. Indicó además que la mayoría de los representantes reservaron, no obstante, su actitud en cuanto al fondo de la cuestión y que muchos de ellos se mostraron partidarios de asignar el estudio de la misma a la Comisión de Derecho Internacional.

9. En su 847.ª sesión plenaria, celebrada el 7 de diciembre de 1959, la Asamblea General, por recomendación de la Sexta Comisión [7], aprobó la resolución 1453 (XIV), cuyo texto completo es el siguiente:

---

[1] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 56.V.3, Vol. II), documento A/3159, párr. 33.

[2] Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. *Documentos Oficiales*, vol. I : *Documentos preparatorios* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 58.V.4, Vol. I) documento A/CONF.13/1.

[3] *Ibid., volumen II : Sesiones Plenarias* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 58.V.4, Vol. II), anexos, documento A/CONF. 13/L.56, resolución VII.

[4] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, décimotercer período de sesiones, Anexos*, tema 58 del programa, documento A/4039, párr. 4.

[5] *Ibid.*, párr. 9.

[6] *Ibid., decimocuarto período de sesiones, anexos*, tema 58 del programa, documento A/4333, párrs. 7 a 9.

[7] *Ibid.*, párr. 11.

« ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS HISTÓRICAS INCLUIDAS LAS BAHÍAS HISTÓRICAS

« *La Asamblea General*,

« *Recordando* que, en una resolución aprobada el 27 de abril de 1958, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pidió a la Asamblea General que dispusiera lo necesario para que se estudiara el régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas, y que el resultado de esos estudios fuera enviado a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas,

« *Pide* a la Comisión de Derecho Internacional que, tan pronto como lo considere oportuno, emprenda el estudio de la cuestión del régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas, y haga al respecto las recomendaciones que estime pertinentes. »

COLABORACION CON OTROS ORGANISMOS

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/124

Informe del Sr. Yuen-li Liang, Secretario de la Comisión, sobre la labor de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos

[Texto original en español]
[5 de febrero de 1960]

INDICE

	Párrafos	*Páginas*
INTRODUCCIÓN	1 – 12	122
CAPÍTULO I. ORGANIZACIÓN Y PROGRAMA DE LA CUARTA REUNIÓN DEL CONSEJO INTERAMERICANO DE JURISCONSULTOS	13 – 25	123
1. Lugar y época de la reunión	13	123
2. Estados representados	14	123
3. Elección de la Presidencia y constitución de las Comisiones	15 – 16	123
4. Secretaría	17 – 18	124
5. Representación del Comité Jurídico Interamericano	19	124
6. Programa de trabajo y distribución de los temas entre las Comisiones	20 – 22	124
7. Resoluciones adoptadas	23 – 24	124
8. Lugar de celebración de la Quinta Reunión	25	125
CAPÍTULO II. MATERIAS TRATADAS EN LA CUARTA REUNIÓN DEL CONSEJO INTERAMERICANO DE JURISCONSULTOS QUE FIGURAN EN EL PROGRAMA DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL	26 – 140	125
Sección primera. Reservas a los tratados multilaterales	26 – 100	125
I. Antecedentes dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos	26 – 49	125
A. Planteamiento de la cuestión (1950)	26 – 33	125
B. Proyecto de normas aprobado por el Consejo en su Tercera Reunión y proyecto contenido en el segundo estudio del Comité Jurídico	34 – 49	127
1. Estructura general de ambos proyectos	36 – 37	127
2. Naturaleza y fundamento de las reservas	38 – 39	127
3. Momento de su formulación	40	127
a) Admisibilidad de reservas en el momento de la firma	41	127
b) Renovación de las reservas formuladas en el momento de la firma	42	128
c) Admisibilidad de reservas en el momento de la ratificación	43 – 45	128
4. Efectos jurídicos de las reservas	46 – 47	128
5. Funciones de la Unión Panamericana como depositario	48 – 49	128
II. Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos	50 – 100	128
A. Consideración de la cuestión en la Comisión II	51 – 69	129
1. Proyectos de resolución y enmiendas	52 – 56	129
2. Debate	57 – 67	131
3. Voto	68 – 69	132
B. Consideración de la cuestión en el pleno del Consejo y adopción del proyecto de resolución presentado por la Comisión II	70 – 96	132
1. Proyectos de resolución y enmiendas	71 – 74	132
2. Debate	75 – 89	132
3. Voto	90 – 96	133
C. Propuesta de creación de un nuevo tipo de reserva a los tratados multilaterales llamado « reserva de adhesión teórica o moral »	97 – 100	135

	Párrafos	Páginas
Sección segunda. Los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado	101 – 140	135
I. Antecedentes dentro del marco de la Organización de las Estados Americanos	101 – 112	135
A. Planteamiento de la cuestión (1954)	101 – 104	135
B. Informe del Comité Jurídico Interamericano	105 – 112	136
II. Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos	113 – 140	137
A. Consideración de la cuestión en la Comisión II	114 – 133	138
1. Proyectos de resolución y enmiendas	115 – 120	138
2. Debate	121 – 130	138
3. Voto	131 – 133	139
B. Discusión de la cuestión en el pleno del Consejo y adopción del proyecto de resolución presentado por la Comisión II	134 – 140	139
1. Proyectos de resolución y enmiendas	135	139
2. Debate	136 – 138	140
3. Voto (resolución XII)	139 – 140	140
CAPÍTULO III. LAS RELACIONES ENTRE EL CONSEJO INTERAMERICANO DE JURISCONSULTOS Y LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL EN LA CUARTA REUNIÓN DEL CONSEJO INTERAMERICANO DE JURISCONSULTOS	141 – 159	141
I. Discurso del Secretario de la Comisión de Derecho Internacional en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos	142 – 146	141
II. El tema de la colaboración con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos	147 – 159	141 141
A. Consideración de la cuestión en la Comisión III	148 – 156	141
1. Proyectos de resolución y enmiendas	149 – 150	141
2. Debate	151 – 154	141
3. Voto	155 – 156	142
B. Consideración del proyecto de la Comisión III en el pleno del Consejo y resolución adoptada	157 – 159	142

Introducción

1. La colaboración entre la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y el Consejo Interamericano de Jurisconsultos tiene su base estatutaria en las disposiciones contenidas en el artículo 26, inciso 4, del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional [1], en el artículo 61 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos [2] y en el artículo 4 del Estatuto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos [3].

2. Desde su Primera Reunión en 1950 el Consejo Interamericano de Jurisconsultos discutió el tema de la cooperación con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y aprobó una resolución destinada a establecer las bases de la colaboración del Consejo con la Comisión de Derecho Internacional [4].

3. La Comisión de Derecho Internacional adoptó por primera vez una resolución sobre la colaboración con los organismos interamericanos en 1954 [5] y en 1955 solicitó del Secretario General de las Naciones Unidas que autorizara a su Secretario a asistir como observador a la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, expresando, al mismo tiempo, la esperanza de que este último enviaría también a su Secretario a las sesiones de la Comisión [6].

4. Concedida la autorización el Secretario de la Comisión de Derecho Internacional asistió a la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos celebrada en la ciudad de México en 1956, en la que pronunció su discurso [7].

5. La colaboración entre los dos organismos fue también uno de los temas discutidos por el Consejo

[1] « Se reconoce la conveniencia de que la Comisión consulte con organismos intergubernamentales dedicados a la codificación del derecho internacional tales como los de la Unión Panamericana. »

[2] « Los órganos del Consejo de la Organización, de acuerdo con éste, establecerán relaciones de cooperación con los órganos correspondientes de las Naciones Unidas y con los organismos nacionales o internacionales que funcionen dentro de sus respectivas esferas de acción. »

[3] « El Consejo Interamericano de Jurisconsultos procurará, directamente o por conducto de su comisión permanente, la cooperación de las comisiones nacionales para la codificación del derecho internacional, la de institutos de derecho internacional y de derecho comparado, y la de otras entidades especializadas.

« Cuando esta cooperación implique establecer relaciones permanentes con los órganos correspondientes de las Naciones Unidas y con los organismos nacionales e internacionales que funcionen dentro de su esfera de acción, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos sólo podrá proceder de acuerdo con el Consejo de la Organización. »

[4] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 56.V.3, Vol. II), documento A/CN.4/102 « Cooperación con los Organismos Interamericanos », párrs. 87 y 88.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/2693), párr. 77.

[6] *Ibid., décimo período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/2934), párr. 36.

[7] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 56.V.3, Vol. II), documento A/CN.4/102, párrs. 2, 3, 4 y 91 a 94.

Interamericano de Jurisconsultos en su Tercera reunión en la que aprobó una resolución expresando que sería deseable que la Organización de los Estados Americanos estudiara la posibilidad de que sus organismos jurídicos enviaran observadores a la Comisión de Derecho Internacional [8].

6. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos envió como observador al octavo período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional celebrado en 1956, al Sr. M. Canyes, Director Adjunto del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana.

7. En este mismo período de sesiones el Secretario de la Comisión de Derecho Internacional presentó a la Comisión su « Informe sobre las labores del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su Tercera Reunión » [9] y la Comisión pidió al Secretario General de las Naciones Unidas que autorizara de nuevo al Secretario de la Comisión a asistir a la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en Santiago de Chile [10]. Esta petición fue reiterada por la Comisión en 1958 [11].

8. La Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos prevista para 1958 no pudo celebrarse hasta 1959 debido a que su Comisión permanente, el Comité Jurídico, no había podido acabar el trabajo preparatorio [12].

9. En el undécimo período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, celebrado en abril y junio de 1959, el Secretario de la Comisión anunció que se había señalado como fecha para celebración de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en Santiago de Chile los meses de agosto y septiembre de 1959, y notificó que había recibido una invitación del Gobierno de Chile y que el Secretario General de las Naciones Unidas había autorizado su asistencia a la reunión en conformidad con la solicitud de la Comisión [13].

10. El Secretario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas asistió a la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en calidad de observador [14] y pronunció un discurso del cual figura un resumen sucinto en el capítulo III de este documento.

11. El presente documento es el « Informe sobre las labores de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos » presentado a la Comisión de Derecho Internacional por su Secretario en cumplimiento de la tarea que le ha sido encomendada y en los terminos en que ha sido solicitado por la Comisión.

12. El Informe consta además de esta introducción, de tres capítulos. El capítulo I trata de la « Organización y programa de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos ». El capítulo II, que constituye el objeto principal del Informe, se refiere a « Materias tratadas en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos que figuran en el programa de la Comisión de Derecho Internacional » y que son las « Reservas a los tratados multilaterales » (sección primera) y « Los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado » (sección segunda). Finalmente el capítulo III se ocupa de las « Relaciones entre el Consejo Intermaericano de Jurisconsultos y la Comisión de Derecho Internacional en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos ».

Capítulo I. Organización y programa de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos

1. *Lugar y época de la reunión*

13. La Cuarta Reunión [15] del Consejo Intermaericano de Jurisconsultos se celebró en Santiago de Chile del 24 de agosto al 9 de septiembre de 1959 en virtud de la convocatoria hecha por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos [16].

2. *Estados representados*

14. Estuvieron representados en la reunión 20 de los 21 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. Estos Estados fueron, según el orden de precedencia que resultó del sorteo verificado en la Primera Sesión Plenaria, el 25 de agosto de 1959, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento del Consejo: Brasil, Costa Rica, Argentina, Estados Unidos de América, Venezuela, Ecuador, Bolivia, República Dominicana, Nicaragua, Cuba, Perú, México, Paraguay, Haití, Colombia, Guatemala, El Salvador, Uruguay, Panamá y Chile [17]. Honduras no estuvo representada en la reunión.

3. *Elección de la Presidencia y constitución de las Comisiones*

15. La Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos eligió por aclamación a los Señores Luis David Cruz Ocampo (Chile) y Eduardo Zuleta Angel (Colombia), como Presidente y Vicepresidente, respectivamente, del Consejo. El Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, Sr. Germán Vergara Donoso, y el Ministro de Justicia de Chile, Sr. Luis Philippi Izquierdo, fueron elegidos en la misma sesión, Presidentes Honorarios de la Reunión [18].

16. Las Comisiones de Trabajo constituidas fueron cuatro: Comisión Especial, Comisión I, Comisión II y Comisión III y sus presidentes los Sres. Carlos García

[8] *Ibid.*, documento A/CN.4/102, párrs. 95 a 98.

[9] *Ibid.*, págs. 232 a 248.

[10] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, undécimo período de sesiones, Suplemento N.° 9* (A/3159), párrs. 46 y 47.

[11] *Ibid., decimotercer período de sesiones, Suplemento N.° 9* (A/3859), párr. 72.

[12] *Ibid., duodécimo período de sesiones, Suplemento N.° 9* (A/3623), párr. 22.

[13] *Ibid., decimocuarto período de sesiones, Suplemento N.° 9* (A/4169), párr. 45.

[14] Véase *Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto — 9 de septiembre de 1959 (CIJ-43), Unión Panamericana, Washington, D.C., pág. 8.

[15] La Primera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos tuvo lugar en Río de Janeiro del 22 de mayo al 15 de junio de 1950. La Segunda se celebró en Buenos Aires, del 20 de abril al 9 de mayo de 1953. La Tercera se efectuó en México, del 17 de enero al 4 de febrero de 1956. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 56.V.3, Vol. II) documento A/CN.4/102, párr. 12.

[16] *Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto - 9 de septiembre de 1959 (CIJ-43), Unión Panamericana, Washington, D.C., pág. 1.

[17] *Ibid.*, págs. 1 a 7.

[18] *Ibid.*, pág. 9.

Bauer (Guatemala), Miguel Rafael Uuquía (El Salvador), Eduardo Arroya Lameda (Venezuela) y Antonio Gómez Robledo (México) respectivamente [19].

4. *Secretaría* [20]

17. El Subdirector del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana, Sr. Manuel Canyes, desempeñó la tarea de Secretario Ejecutivo Interino del Consejo.

18. El Gobierno de la República de Chile designó al Sr. Fernando Donoso Silva Secretario General de la reunión. Como Secretario General adjunto actuó el Sr. Luis Reque, Jefe de la División de Codificación del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana.

5. *Representación del Comité Jurídico Interamericano*

19. De conformidad con la decisión tomada por el Comité Jurídico Interamericano en su período de sesiones de 1958, el Sr. José Joaquín Caicedo Castilla asistió a la reunión como representante del Comité [21].

6. *Programa de trabajo y distribución de los temas entre las Comisiones*

20. Conforme al Estatuto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, el Programa de su Cuarta Reunión fue primeramente preparado por su comisión permanente, el Comité Jurídico Interamericano, y aprobado por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos el 28 de enero de 1959 [22].

21. Sin embargo, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en su primera sesión plenaria celebrada el 25 de agosto de 1959, modificó dicho programa. El Consejo decidió añadir los dos temas encomendados por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de los Estados Americanos, a saber, « Estudio sobre la relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio efectivo de la democracia representativa » y « Derechos Humanos », y los temas, « Proyecto de normas sobre Conferencias Especializadas Interamericanas », a solicitud del Consejo de la Organización, y « Asilo territorial », proyecto presentado por la delegación de Cuba en la segunda sesión plenaria [23].

22. El Programa final fue distribuido entre las Comisiones de trabajo de la manera siguiente [24].

Comisión Especial

Tema I *g*) Estudio sobre la relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio efectivo de la democracia

Tema I *h*) Derechos Humanos

Comisión I

Tema I *a*) Extradición

Tema I *d*) Asilo diplomático

Tema I *i*) Asilo territorial

Comisión II

Tema I *b*) Efectos jurídicos de las reservas hechas a los pactos multilaterales

Tema I *c*) Contribución del Continente Americano al desarrollo y a la codificación de los principios del Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado

Tema I *e*) Posibilidad de la revisión del Código Bustamante

Tema I *f*) Reglas concernientes a la inmunidad de los navíos del Estado

Comisión III

Tema II *a*) Reformas a la Resolución VII de la Primera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos

Tema II *b*) Reforma al Reglamento del Comité Jurídico

Tema II *c*) Colaboración con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

Tema II *d*) Determinación de los asuntos que deben encomendarse al estudio de la Comisión Permanente en su nuevo período de sesiones

Tema II *e*) Proyecto de normas sobre Conferencias Especializadas Interamericanas

7. *Resoluciones adoptadas*

23. El Consejo adoptó en su Cuarta Reunión 26 Resoluciones [25], 21 de las cuales contienen decisiones de fondo o de procedimiento [26]. En el capítulo II examinaremos detalladamente las resoluciones que se refieren a temas que son tratados por la Comisión de Derecho

[19] *Ibid.*, págs. 10 a 12.

[20] *Ibid.*, pág. 8.

[21] *Ibid.*

[22] *Ibid.*, pág. 9.

[23] *Ibid.*, págs. 9 y 10.

[24] *Ibid.*, págs. 10 a 12.

[25] *Resoluciones:* I) Asilo Diplomático; II) Nuevos Artículos sobre Asilo Diplomático; III) Estudio sobre Delitos Políticos; IV) Proyecto de Convención sobre Extradición; V) Extradición; VI) Sede de la Quinta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos; VII) Homenaje al Dr. Raul Fernandes; VIII) Posibilidad de Revisión del Código Bustamante; IX) Inmunidades de los Navíos del Estado; X) Reservas a los Tratados Multilaterales; XI) Reservas a los Tratados Multilaterales-Reserva de Adhesión Teórica; XII) Contribución del Continente americano a los principios que rigen la responsabilidad del Estado; XIII) Reformas al Reglamento del Comité Jurídico Interamericano; XIV) Reformas a la Resolución VII de la Primera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos; XV) Proyecto de Normas sobre Conferencias Especializadas Interamericanas; XVI) Relaciones con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas; XVII) Determinación de los asuntos que deben encomendarse al estudio de la Comisión Permanente en su nuevo período de sesiones; XVIII) Sesión Extraordinaria del Comité Jurídico Interamericano; XIX) Asilo Territorial; XX) Derechos Humanos; XXI) Estudio sobre la relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia; XXII) Programa destinado a combatir el analfabetismo en el Continente americano; XXIII) Homenaje a la memoria de don Andrés Bello; XXIV) Voto de aplauso para el Comité Jurídico Interamericano; XXV) Homenaje al Dr. Charles G. Fenwick; XXVI) Voto de agradecimiento. *Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto-9 de septiembre de 1959, (CIJ-43), Unión Panamericana, Wáshington, D.C., págs. 13 a 88.

[26] Las resoluciones VII, XXIII, XXIV, XXV y XXVI son meras resoluciones de homenaje o votos de agradecimiento.

Internacional y en el capítulo III consideraremos la resolución relativa a las relaciones del Consejo con la Comisión de Derecho Internacional.

24. Entre las demás resoluciones adoptadas por el Consejo en su Cuarta Reunión merecen ser destacadas desde el punto de vista jurídico la número I que contiene un proyecto de protocolo adicional a las convenciones sobre asilo diplomático, la IV que contiene un proyecto de convención sobre extradición, la XIII que introduce una serie de reformas en el Reglamento del Comité Jurídico Interamericano, la XIV que modifica la adoptada en la Primera Reunión respecto al plan que debe seguir el Consejo para promover el desarrollo y la codificación del derecho internacional, la XIX que contiene un proyecto de protocolo adicional a la convención sobre asilo territorial de 1954, y sobre todo la Resolución XX que contiene un proyecto completo de convención sobre Derechos Humanos de 88 artículos que se remite al Consejo de la Organización de Estados Americanos para ser sometido a la Undécima Conferencia Interamericana.

8. *Lugar de celebración de la Quinta Reunión*

25. En su Segunda Sesión Plenaria, el 7 de septiembre de 1959, el Consejo resolvió aceptar el ofrecimiento del Gobierno de El Salvador y fijó la ciudad de San Salvador como sede de la Quinta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos [27].

Capítulo II. Materias tratadas en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos que figuran en el programa de la Comisión de Derecho Internacional

SECCION PRIMERA. RESERVAS A LOS TRATADOS MULTILATERALES

I. Antecedentes dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA) [28]

A. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION (1950)

26. El estudio por el Comité Jurídico Interamericano del tema de las reservas a los tratados multilaterales fue propuesto originalmente por el Consejo Interamericano Económico y Social en 1950 al considerar las reservas al Convenio Económico de Bogotá. El Consejo Interamericano Económico y Social solicitó del Consejo de la Organización de los Estados Americanos que sometiera al estudio del Comité Jurídico Interamericano, de acuerdo con el artículo 70 de la Carta de la OEA, la cuestión relativa al alcance jurídico de las reservas a los tratados multilaterales [29].

27. Accediendo a esta solicitud, el Consejo de la OEA recomendó al Comité Jurídico, el 17 de mayo de 1950, que emprendiera el estudio de la cuestión y le sometiera sus resultados [30]. Por una resolución posterior, el Consejo de la OEA determinó solicitar del Comité Jurídico que en su estudio examinara las normas de procedimiento establecidas en la Octava Conferencia Internacional Americana de Lima en 1938 [31].

28. De conformidad con la solicitud del Consejo de la OEA, el Comité Jurídico elaboró un primer *Informe sobre el efecto jurídico de las reservas a los tratados multilaterales* y lo envió al Consejo de la OEA el 27 de diciembre de 1954 [32]. El Informe del Comité contenía un breve análisis sobre los antecedentes históricos y concluía haciendo algunas observaciones que sirvieron de base a las discusiones posteriores del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.

29. En efecto, el Informe del Comité fue sometido a la consideración de la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos celebrada en México en 1956 como documento de trabajo y sirvió de base a sus deliberaciones [33].

30. El Consejo de Jurisconsultos teniendo en cuenta el Informe del Comité así como los votos disidentes allí contenidos y los proyectos presentados por distintas delegaciones elaboró un proyecto de normas a fin de que constituyera una base para estudios ulteriores y, al mismo tiempo aprobó una resolución por la que solicitó: *a*) del Consejo de la OEA que remitiera dicho proyecto a los Gobiernos miembros para que estos formularan observaciones. *b*) Del Comité Jurídico que tomando en cuenta el proyecto de normas y las observaciones que pudieren formularse elaborara un segundo proyecto de normas y lo sometiera a la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos [34].

31. El proyecto presentado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos sobre las normas aplicables a las reservas a los tratados multilaterales dice:

A. De las reservas formuladas en el momento de la firma

1. El Estado que desee formular reservas a un tratado multilateral en el momento de su firma colectiva, deberá comunicar el texto

[27] Resolución VI, *Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto-9 de septiembre de 1959, (CIJ-43), Unión Panamericana, Washington D.C., pág. 27.

[28] Para los precedentes anteriores a la creación de la Organización de Estados Americanos véase: *Manual, Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto de 1959 (CIJ-41), Unión Panamericana, Washington, D.C., págs. 12 a 25 y *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 56.V.3), documento A/CN.4/102, párrs. 66 y 67.

[29] Véase: *Manual, Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto de 1959, (CIJ-41), Unión Panamericana, Washington, D.C., pág. 10 y *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, (documento A/CN.4/102), párr. 68.

[30] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, documento A/CN.4/102, párr. 69.

[31] *Manual, Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto de 1959 (CIJ-41), Unión Panamericana, Washington, D.C., pág. 10.

[32] Comité Jurídico Interamericano, documento CIJ-23, Unión Panamericana, Washington, D.C.

[33] Para la consideración detallada de las deliberaciones de la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos sobre el tema de las reservas véase el « Informe del Secretariode la Comisión de Derecho Internacional sobre las labores del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su Tercera Reunión », (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, documento A/CN.4/102, párrs. 71 a 84).

[34] Resolución XV de la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, aprobada en la cuarta sesión plenaria el 3 de febrero de 1956 (*Ibid.*, documento A/CN.4/102, anexo IV).

de las mismas a todos los Estados que han intervenido en las negociaciones, por lo menos con 48 horas de anticipación, si no se hubiera establecido otro plazo en el curso de las deliberaciones.

2. Los Estados a los que haya sido hecha la comunicación a que se refiere el número anterior deberán poner en conocimiento de los demás Estados y del Estado autor de las reservas, su aceptación o no aceptación de las mismas antes del momento de la firma colectiva.

3. Las reservas que hayan sido expresamente rechazadas, aunque sólo sea en parte, por la mayoría de los Estados presentes a la firma, no serán admitidas.

B. De las reservas formuladas en el momento de la ratificación y de la adhesión

1. En el momento de la ratificación o de la adhesión se admitirán reservas en la forma y condiciones estipuladas en el propio tratado o acordadas por los signatorios.

2. A falta de estipulación en el propio tratado o de acuerdo entre los signatarios respecto a la presentación de reservas en el momento de la ratificación o de la adhesión, dichas reservas podrán ser admitidas, si dentro del plazo de seis meses a partir de su notificación oficial, ninguno de los Estados signatarios les hace una objeción fundada en incompatibilidad con el propósito o finalidad del tratado. Serán consideradas aceptadas las reservas, por el Estado signatorio que, dentro del mismo plazo de seis meses, no les haga objeción fundada en cualquier otro motivo.

3. Si hubiere alegación de incompatibilidad, la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, consultará, por propia iniciativa y en conformidad con sus reglas de procedimiento vigentes, a los Estados signatarios, no admitiéndose las reservas si la incompatibilidad fuera reconocida, en el plazo de seis meses, al menos por la tercera parte de dichos Estados.

4. En los Tratados abiertos a la firma durante un lapso de tiempo fijo o indefinido, se aplicarán las reglas referentes a las reservas en el momento de la ratificación o la adhesión.

5. La reserva no reiterada en el acto de la ratificación se tendrá por no hecha.

C. Normas generales

1. Es conveniente la inserción en los tratados multilaterales de estipulaciones expresas respecto a la admisibilidad o no de las reservas, así como a los efectos jurídicos atribuibles a éstas, caso de aceptarse su formulación.

2. Los efectos jurídicos de las reservas son en general los siguientes :

a) El tratado estará en vigor respecto a los países que lo ratificaron sin reservas, en los términos en que fue originalmente redactado y firmado.

b) El tratado estará en vigor respecto a los Estados que lo ratificaron con reservas y a los Estados que hayan ratificado y que las acepten, tal como sea modificado por dichas reservas.

c) El tratado no estará en vigor entre un Estado que haya ratificado con reservas y otro que haya ratificado y que no acepte tales reservas.

d) En ningún caso las reservas aceptadas por la mayoría de los Estados producirán efecto alguno respecto al Estado que las hubiere rechazado.

3. Cualquier Estado podrá retirar en todo tiempo sus reservas, antes o después de haber sido aceptadas por los demás.

4. Las reglas de procedimiento vigentes a que se refiere el párrafo B-3 son las seis reglas aprobadas por la resolución XXIX de la Octava Conferencia Internacional Americana y las que puedan aprobarse en el futuro por el órgano competente.

32. El Comité Jurídico aprobó el 22 de agosto de 1956, un segundo trabajo denominado *Estudio encaminado a la formulación de un segundo proyecto de normas sobre reservas a los tratados multilaterales* [35] que la Unión Panamericana transmitió a los Gobiernos el 15 de noviembre de 1956. Solamente cuatro países formularon observaciones. En 1958 el Comité Jurídico acordó que dichas observaciones no hacían necesaria una revisión del estudio y decidió someterlo sin cambios, como documento de trabajo, a la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos. El estudio contiene un segundo proyecto de normas aplicables a las reservas formuladas a los tratados multilaterales, así como el voto razonado del delegado de la República Dominicana, y los votos disidentes de los delegados de Colombia y Brasil [36].

33. El proyecto de normas, presentado bajo la forma de un proyecto de convención, dice [37]:

Artículo 1. La formulación de reservas a un tratado al tiempo de la firma, de la ratificación o de la adhesión es, como el ejercicio de la facultad de celebrar tratados, un acto inherente a la soberanía nacional, y como tal constituye el ejercicio de derechos que no violan ninguna disposición o buena forma internacional.

Artículo 2. También es un acto inherente a la soberanía nacional el aceptar o rechazar las reservas formuladas por otros Estados o abstenerse de hacerlo.

Artículo 3. Las reservas formuladas por un Estado en el instrumento de ratificación de un tratado, no se tendrán nunca por no hechas; serán siempre consideradas como expresión auténtica de la voluntad del Estado que las formula, y como declaración anticipada y válida de que el tratado, tal como llegue a estar en vigor con respecto a él, no le obligará con alcance mayor o distinto del que resulte del significado conjunto de cláusulas y reservas.

Artículo 4. Las reservas formuladas por los plenipotenciarios en la negociación de un tratado, serán siempre insertadas en el instrumento sujeto a ratificación.

Artículo 5. Las estipulaciones expresas acordadas por los plenipotenciarios respecto a la admisibilidad o no de las reservas, así como a los efectos jurídicos atribuibles a éstas, tienen el mismo valor que las demás cláusulas, y como ellas, pueden ser objeto de reservas.

Artículo 6. Si al tiempo de la ratificación de un tratado que contenga estipulaciones respecto a la admisibilidad de las reservas así como a los efectos jurídicos de éstas, un Estado, sin expresar reserva a esas estipulaciones ratifica con reservas incompatibles con ellas, se entenderá que no las acepta en cuanto estén en contraposición con las reservas que formula.

Artículo 7. La aceptación de una reserva debe ser expresa. Por consiguiente la aceptación por un Estado de las reservas formuladas por otro no puede deducirse nunca del simple silencio mantenido durante determinado período de tiempo, aunque le hayan sido notificadas.

Artículo 8. En los tratados y convenciones multilaterales que se celebren entre Estados Americanos, la Unión Panamericana tendrá las siguientes funciones:

1. Encargarse de la custodia del documento original.

2. Suministrar copias del mismo a todos los gobiernos signatarios.

3. Recibir los instrumentos de ratificación de las Partes, incluyendo las reservas.

4. Comunicar a todos los demás signatarios acerca del depósito de ratificaciones y, en el caso de que se hagan reservas, informarlos de las mismas.

5. Recibir las respuestas de los demás signatarios sobre si aceptan o no las reservas.

[35] Comité Jurídico Interamericano, documento CIJ-33, Unión Panamericana, Washington, D.C.

[36] *Manual, Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto de 1959 (CIJ-41), Unión Panamericana, Washington, D.C., pág. 11.

[37] Comité Jurídico Interamericano, *Estudio encaminado a la formulación de un segundo proyecto de normas sobre reservas a los tratados multilaterales* (CIJ-33), Unión Panamericana, Washington, D.C., págs. 29 a 31.

6. Informar a todos los signatarios del tratado si las reservas han sido aceptadas o no.

Artículo 9. Las anteriores normas de procedimiento, las que en adelante se acuerden, y las prácticas que se sigan, entre los Estados Americanos, para el registro y notificación de los tratados multilaterales, sus ratificaciones y reservas, y la aceptación o rechazo de éstas, no podrán en ningún caso afectar la validez y efectos jurídicos que en derecho se sigan de tales instrumentos y actos entre las Partes, quedando a cada Estado el cuidado de deducir las consecuencias jurídicas de las respectivas notificaciones.

Artículo 10. Como la formulación de reservas y la aceptación o rechazo de ellas por los signatarios que ratifiquen, son partes integrantes de la materia del tratado, estos actos no pueden en ningún caso tener efectos jurídicos distintos de los que resulten de los términos de lo que se ha convenido, según la intención de las Partes. Si esta intención no consta expresamente en el mismo tratado, ni en los documentos de ratificación, ni en los documentos en que se manifiesta la aceptación o no aceptación de una reserva, el efecto jurídico de ésta dependerá de aquello que pueda razonablemente presumirse como intención de las Partes al respecto, dada la naturaleza de las obligaciones estipuladas en el tratado, el objeto del mismo, así como el comportamiento que ya hubiesen observado las Partes en relación al tratado en cuestión.

Artículo 11. En caso de que eventualmente se suscite alguna divergencia sobre los efectos jurídicos a que se refiere el artículo anterior, los Estados entre los que surja procurarán ponerse de acuerdo mediante negociaciones entre ellos, y de no ser posible, recurrirán a los procedimientos prescritos para la solución de controversias.

Artículo 12. Ninguna de las disposiciones de la presente convención, ni los principios de derecho internacional aplicables a la materia, podrán ser interpretados o aplicados en el sentido de coartar o restringir, directa o indirectamente, en cualquier aspecto, la libertad de los Estados para obligarse en la forma que lo crean conveniente, de manera que el tratado, una vez perfeccionado, represente su voluntad libremente expresada.

B. PROYECTO DE NORMAS APROBADO POR EL CONSEJO EN SU TERCERA REUNIÓN Y PROYECTO CONTENIDO EN EL SEGUNDO ESTUDIO DEL COMITÉ JURÍDICO

34. Antes de examinar la consideración dada a este segundo estudio del Comité Jurídico por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, creemos que es conveniente considerar brevemente su contenido comparándolo con el del proyecto de normas que el propio Consejo había aprobado en su Tercera Reunión de México en 1956.

35. Con este objeto meramente comparativo y de estudio, hemos dislocado el contenido del proyecto de normas del Consejo y el proyecto del segundo estudio del Comité y los expondremos bajo los epígrafes siguientes:

1) Estructura general de ambos proyectos.

2) Naturaleza y fundamento de las reservas.

3) Momento de la formulación de las reservas.

a) Admisibilidad de reservas en el momento de la firma.

b) Renovación de las reservas formuladas en el momento de la firma.

c) Admisibilidad de reservas en el momento de la ratificación.

4) Efectos Jurídicos de las reservas.

5) Funciones de la Unión Panamericana como depositario.

1. *Estructura general de ambos proyectos*

36. El proyecto del Consejo está dividido en tres capítulos o secciones denominadas: A — De las reservas formuladas en el momento de la firma; B — De las reservas formuladas en el momento de la ratificación y de la adhesión; C — Normas generales.

37. El proyecto del Comité no está dividido en capítulos o secciones, sino en artículos. El proyecto va precedido de un informe o estudio sobre el Proyecto del Consejo — en el que se analiza y critica su contenido y terminología [38]. Sobre la base del contenido de las normas del Proyecto del Consejo el informe del Comité modifica la terminología de sus capítulos o secciones de la forma siguiente: A — De las normas aplicables a las reservas formuladas por los delegados o plenipotenciarios en la negociación de un tratado; B — De las normas aplicables a las reservas formuladas por un Estado en el instrumento de ratificación; C — Del efecto jurídico de las Reservas [39].

2. *Naturaleza y fundamento de las reservas*

38. El proyecto del Consejo no contiene disposiciones sobre el fundamento de las reservas, pero al proclamar que cada Estado podrá retirar sus reservas, antes o después de haber sido aceptadas por los demás [40], reconoce su carácter de declaración unilateral, discrecionaria en cuanto a su formulación.

39. El proyecto del Comité considera la formulación de reservas y su aceptación o rechazo como un acto inherente a la soberanía nacional, semejante al ejercicio de la facultad de celebrar tratados [41]. No puede restringirse, directa o indirectamente, la libertad de los Estados para obligarse en la forma que lo crean conveniente [42]. Así, llevando esta afirmación hasta sus últimas consecuencias, el proyecto del Comité proclama que las estipulaciones acordadas por los plenipotenciarios respecto a la admisibilidad de las reservas pueden a su vez ser objeto de reservas [43].

3. *Momento de su formulación*

40. El proyecto del Consejo distingue entre reservas formuladas « en el momento de la firma » y « en el momento de la ratificación y de la adhesión » [44]. En el proyecto del Comité se habla de reservas formuladas « por los plenipotenciarios en la negociación de un tratado » y « por un Estado en el instrumento de ratificación » [45].

a) *Admisibilidad de reservas en el momento de la firma*

41. El proyecto del Consejo pretende limitar la admisión de reservas en el momento de la firma. Para ello

---

[38] *Ibid.*, págs. 6 a 29.

[39] Comité Jurídico Interamericano, *Estudio encaminado a la formulación de un segundo proyecto de normas sobre reservas a los tratados multilaterales* (CIJ-33), Unión Panamericana, Washington, D.C., pág. 8.

[40] Proyecto del Consejo: C-3.

[41] Proyecto del Comité: art. 1 y art. 2.

[42] *Ibid.*, art. 12.

[43] *Ibid.*, art. 5.

[44] Proyecto del Consejo: A y B.

[45] Proyecto del Comité: art. 4 y art. 3 .

establece una serie de normas y plazos. Se debe comunicar el texto de la reserva a todos los Estados que han intervenido en las negociaciones por lo menos con 48 horas de anticipación, si no se hubiere establecido otro plazo en el curso de las deliberaciones [46]. Cada Estado debe poner en conocimiento de los demás Estados y del Estado autor de la reserva, su aceptación o no aceptación de la misma antes del momento de la firma colectiva [47]. No se admitirán las reservas que hayan sido expresamente rechazadas, aunque sólo sea parcialmente, por la mayoría de los Estados presentes a la firma [48].

b) *Renovación de las reservas formuladas en el momento de la firma*

42. Para ambos proyectos las reservas formuladas « en el momento de la firma » o « en la negociación de un tratado » deben de ser renovadas en el acto o instrumento de ratificación. Sin embargo mientras el proyecto del Comité se limita a decir « que serán siempre insertadas en el instrumento sujeto a ratificación » [49], el proyecto del Consejo se pronuncia categóricamente sobre las consecuencias de la no reiteración de la reserva en el acto de la ratificación: « se tendrá por no hecha » [50].

c) *Admisibilidad de reservas en el momento de la ratificación*

43. El criterio limitativo de la admisibilidad de reservas del proyecto del Consejo se manifiesta aun más claramente en las disposiciones relativas a las reservas formuladas en el momento de la ratificación. La discrepancia con el proyecto del Comité es total. Para este último las reservas formuladas por un Estado en el instrumento de ratificación de un tratado no se tendrán nunca por no hechas y si un Estado, sin expresar reservas a las estipulaciones contractuales sobre admisibilidad de reservas, ratifica con reservas incompatibles con dichas estipulaciones contractuales, se entenderá que no las acepta en cuanto estén en contraposición con las reservas que formula [51].

44. El proyecto del Consejo admite las reservas en la forma y condiciones estipuladas en el propio tratado o acordadas por los signatarios [52]. A falta de estipulación contractual o acuerdo, las reservas podrán admitirse si dentro del plazo de seis meses, a partir de su notificación oficial, ninguno de los Estados signatarios les hace una objeción fundada en su « incompatibilidad con el propósito o finalidad del tratado ». Serán consideradas aceptadas las reservas por el Estado signatario que en el mencionado plazo de seis meses no les haga objeción fundada en cualquier otro motivo [53]. Para el proyecto del Comité la aceptación de una reserva debe de ser siempre expresa y no puede deducirse del simple silencio durante determinado período de tiempo [54].

45. En el proyecto del Consejo si hubiere alegación de incompatibilidad la Secretaría de la Organización de los Estados Americanos, consultará por propia iniciativa a los Estados signatarios y no admitirá la reserva si la incompatibilidad fuera reconocida, en el plazo de seis meses, al menos por la tercera parte de dichos Estados [55]. Estas disposiciones se aplican también a los tratados abiertos a la firma [56].

4. *Efectos jurídicos de las reservas*

46. El proyecto del Consejo proclama la conveniencia de la inserción en los tratados multilaterales de cláusulas que regulen los efectos jurídicos de las reservas, pero al mismo tiempo enumera los efectos jurídicos « en general » de las reservas [57]. Estos efectos son las tres reglas aprobadas por el Consejo Directivo de la Unión Panamericana en 1932 y una cuarta motivada por sus disposiciones sobre la admisibilidad de reservas. Según esta última en ningún caso las reservas aceptadas por la mayoría de los Estados producirán efecto alguno respecto al Estado que la hubiere rechazado.

47. El proyecto del Comité partiendo del punto de vista que la formulación y la aceptación o rechazo de las reservas no pueden producir efectos jurídicos distintos de los buscados por la intención de las partes, añade que si esta intención no consta expresamente el efecto jurídico dependerá « de aquello que pueda razonablemente presumirse como intención de las partes al respecto, así como de su comportamiento » [58]. En caso de divergencias los Estados deben entablar negociaciones y si no llegan a un acuerdo recurrir a los procedimientos de solución pacífica de controversias [59].

5. *Funciones de la Unión Panamericana como depositario*

48. Ambos proyectos recogen las estipulaciones de la resolución XXIX de la Octava Conferencia Internacional Americana cuya naturaleza es meramente procesal [60].

49. El proyecto del Comité se cuida de precisar que estas normas no podrán en ningún caso afectar a la validez y efectos jurídicos de los instrumentos y actos en cuestión, quedando a cada Estado el cuidado de deducir « las consecuencias jurídicas de las respectivas notificaciones » [61].

II. Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos

50. El tema « Efectos jurídicos de las reservas hechas a los pactos multilaterales » fue inscrito, como hemos indicado, en el programa de trabajo de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos a cuya consideración se sometió el segundo Estudio elaborado por el Comité Jurídico. Correspondió tratar de la cuestión a la Comisión II.

[46] Proyecto del Consejo: A-1.
[47] *Ibid.*, A-2.
[48] *Ibid.*, A-3.
[49] Proyecto del Comité: art. 4.
[50] Proyecto del Consejo: B-5.
[51] Proyecto del Comité: art. 3 y art. 6.
[52] Proyecto del Consejo: B-1.
[53] *Ibid.*, B-2.
[54] Proyecto del Comité: art. 7.
[55] Proyecto del Consejo: B-3.
[56] *Ibid.*, B-4.
[57] *Ibid.*, C-1 y C-2.
[58] Proyecto del Comité: art. 10.
[59] *Ibid.*, art. 11.
[60] Proyecto del Consejo: C-4; y Proyecto del Comité: art. 8.
[61] Proyecto del Comité: art. 9.

A. CONSIDERACION DE LA CUESTIÓN EN LA COMISION II [62]

51. La Comisión II se ocupó de esta cuestión en sus sesiones 4.ª y 5.ª del 31 de agosto y 2 de septiembre respectivamente.

1. *Proyectos de resolución y enmiendas*

52. i) Proyecto de resolución presentado por la delegación de Panamá [63]. El texto del proyecto era el siguiente:

Artículo 1

La formulación de reservas a un tratado con ocasión de su firma por los plenipotenciarios, de la ratificación del mismo, o de la adhesión, es un acto inherente a la soberanía nacional que constituye el ejercicio de derechos que no violan ninguna disposición o buena forma internacional.

Artículo 2

Constituye también un acto inherente a la soberanía nacional el aceptar o rechazar expresamente las reservas formuladas por otros Estados o abstenerse de hacerlo.

Artículo 3

Las reservas formuladas por los plenipotenciarios en la negociación de un Tratado serán siempre insertadas en el instrumento sujeto a ratificación; y de no ser retiradas o modificadas antes de la ratificación, o al momento de hacerla, se entenderá que se mantienen.

Artículo 4

Las estipulaciones expresas que los plenipotenciarios puedan acordar en un Tratado respecto a la admisibilidad o no de las reservas, así como de los efectos jurídicos atribuibles a éstas, tienen el mismo valor que las demás cláusulas del instrumento y pueden, por lo tanto, ser objeto de reservas.

Artículo 5

En los Tratados y Convenciones multilaterales que se celebren entre Estados americanos, la Unión Panamericana tendrá las siguientes funciones:

1. Encargarse de la custodia del documento original.

2. Suministrar copias del mismo a todos los gobiernos signatarios.

3. Recibir los instrumentos de ratificación o de adhesión de las Partes, incluyendo las reservas.

4. Comunicar a todos los demás signatarios el depósito de las ratificaciones y de las adhesiones y, en el caso de que se hagan reservas, informarles acerca de las mismas.

5. Recibir las respuestas de los demás signatarios sobre si aceptan o no las reservas que se hubieren formulado.

6. Informar a todos los signatarios del Tratado si las reservas han sido aceptadas o no, con las razones que en su caso hayan podido aducir los Estados para no aceptar las reservas que se hubieren formulado.

Artículo 6

Por lo que se refiere a los efectos jurídicos de las reservas, se aplicarán las reglas siguientes:

1. El Tratado entrará en vigor entre los Estados que lo ratificaron sin reservas.

2. El Tratado entrará en vigor entre los Estados que lo ratificaron con reservas, ya sea que éstas hayan sido formuladas al tiempo de la firma o de la ratificación, y los demás Estados que las acepten, tal como sea modificado por dichas reservas.

3. No estará en vigor entre un Estado que haya ratificado con reservas y otro Estado que no las acepte. Sin embargo, el Estado que rechaza las reservas puede convenir con el Estado que las ha formulado que el Tratado entre en vigor entre ambos respecto a todas sus disposiciones no afectadas por las reservas.

4. En ningún caso las reservas aceptadas por la mayoría de los Estados producirán efecto alguno respecto del Estado que las hubiere rechazado.

Artículo 7

El Estado, que dentro del plazo de seis meses a contar desde la fecha en que reciba la comunicación a que se refiere el numeral 4 del Artículo 5, no manifieste expresamente su inconformidad con las reservas formuladas al Tratado, se entenderá que no tiene objeción alguna respecto de las mismas.

Artículo 8

Cualquier Estado podrá retirar las reservas que hubiere formulado antes o después de haber sido aceptadas por los demás.

Artículo 9

Cualquier Estado que hubiere rechazado las reservas formuladas por otro, podrá en cualquier momento variar su posición respecto de las mismas y convenir en aceptarlas.

Tanto en este caso, como en el que se menciona en el Artículo anterior, los Estados que retiren las reservas que hubieren formulado y aquellos que convengan en aceptar reservas anteriormente rechazadas, deberán comunicar su decisión a la Unión Panamericana para que sea dada a conocer a los demás Estados.

53. ii) Proyecto de resolución presentado por la delegación de Colombia [64]. El texto dispositivo del proyecto decía lo siguiente:

« RESUELVE:

« Recomendar a la Undécima Conferencia Interamericana la aprobación de las siguientes normas acerca de las reservas a los tratados multilaterales:

« La Unión Panamericana, en el desempeño de las funciones que le atribuye el Artículo 83 e) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, procederá de acuerdo con las reglas siguientes, salvo cuando el tratado respectivo contenga disposiciones especiales al respecto:

« 1. Se encargará de recibir los instrumentos de ratificación de los tratados, convenciones y otros instrumentos diplomáticos que encomienden a la Unión Panamericana la función de depositaria de los mismos.

« 2. Preparará un Acta de Depósito del respectivo instrumento de ratificación que será firmada por el representante en el Consejo de la Organización del país que efectúe dicho depósito u otro representante que dicho país determine, por el Secretario General de la Organización y por el Secretario del Consejo de la Organización.

« 3. Notificará el depósito a todos los gobiernos signatarios, por conducto de sus representantes en el Consejo de la Organización de los Estados Americanos.

« 4. Cuando un Estado ratifique un tratado con reservas que no formuló al tiempo de firmarlo en la conferencia respectiva en que fue negociado, o se adhiera al mismo posteriormente con reservas, dicho Estado enviará a la Unión Panamericana, con antelación al depósito del instrumento de ratificación o

[62] La numeración de los documentos que se citan en esta parte del capítulo II, Sección Primera, corresponde a la nomenclatura de los documentos oficiales en español de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrada en Santiago de Chile, del 24 de agosto al 9 de septiembre de 1959.

[63] Doc. 34, 26 de agosto de 1959.

[64] Doc. 35, 26 de agosto de 1959.

adhesión, el texto de dichas reservas para que la Unión Panamericana lo comunique a los demás Estados signatarios con el fin de averiguar si las aceptan o no. El Estado indicado podrá o no proceder a efectuar el depósito del instrumento de ratificación o adhesión con las reservas, teniendo en cuenta la naturaleza de las observaciones que formulen sobre las mismas los demás Estados signatarios.

« 5. Cuando un Estado formule reservas en el momento de suscribir un tratado que está abierto a la firma, la Unión Panamericana, al comunicar el texto de esas reservas a los demás Estados Miembros de la Organización, les consultará si las consideran o no aceptables. Las contestaciones que se reciban serán comunicadas al Estado que ha formulado las reservas para que, sobre el tenor de las mismas, pueda determinar si le conviene o no mantener esas reservas al ratificar el tratado.

« 6. Si a pesar de las observaciones que hayan sido formuladas, el Estado mantiene sus reservas, las consecuencias jurídicas de tal ratificación o adhesión con reservas serán las siguientes:

« *a*) El tratado estará en vigor respecto de los Estados que lo hayan ratificado sin reservas, en los términos en que fue originalmente redactado y firmado.

« *b*) Respecto de los Estados que lo hayan ratificado con reservas y los Estados Contratantes que las acepten, el tratado estará en vigor tal como sea modificado por dichas reservas.

« *c*) Cuando un Estado ratifique con reservas y otro no las acepte, éste, teniendo en cuenta la naturaleza de las mismas, deberá determinar el efecto de su no aceptación, en el sentido ya sea de que el tratado no regirá entre ambos Estados o de que solamente dejará de regir la parte del tratado afectada por las reservas. En este último caso el Estado ratificante deberá indicar explícitamente si tal limitación le es aceptable.

7. Cuando un Estado no conteste, dentro de un plazo razonable no mayor de un año, a las notas que le eleve la Unión Panamericana para averiguar su opinión respecto de las reservas que deben ser consultadas, se entenderá que dicho Estado no tiene objeción que formular a las mismas.

54. iii) Enmienda oral de la delegación del Uruguay [65] al proyecto de resolución presentado por la delegación de Panamá (Doc. 34) proponiendo la eliminación de las dos últimas líneas del artículo 1 del citado proyecto.

55. iv) Enmienda de la delegación del Paraguay [66]. Que se incorpore a las reglas panamericanas sobre reservas a los pactos multilaterales la recomendación siguiente:

« Las reservas formuladas a los tratados multilaterales, en ocasión de su firma, de la ratificación de los mismos o de la adhesión, deberán ser precisas y determinar con exactitud la cláusula o norma impugnada.»

56. v) Proyecto de resolución presentado por el Grupo de Trabajo (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Estados Unidos, República Dominicana, Panamá y Uruguay) [67]. El texto dispositivo del proyecto estaba redactado de la manera siguiente:

« RESUELVE:

« Recomendar a la Undécima Conferencia Interamericana la consideración de las siguientes normas acerca de las reservas a los tratados multilaterales:

« La Unión Panamericana, en el desempeño de las funciones que le atribuye el Artículo 83 *e*) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, procederá de acuerdo con las reglas siguientes, salvo estipulación en contrario, en lo concerniente a las reservas a los tratados multilaterales, incluyendo aquellos abiertos a la firma por término fijo o indefinido.

« I. En el caso de ratificación o adhesión con reservas, el Estado que ratifique o adhiera enviará a la Unión Panamericana, con antelación al depósito del instrumento respectivo, el texto de las reservas que se proponga formular, a fin de que la Unión Panamericana las comunique a los demás Estados signatarios, solicitándoles un pronunciamiento sobre su aceptación o rechazo.

« El Secretario General dará conocimiento al Estado que formule las reservas de las observaciones hechas por los otros Estados. El Estado indicado podrá o no proceder a efectuar el depósito del instrumento de ratificación o adhesión con las reservas, teniendo en cuenta la naturaleza de las observaciones que formulen sobre las mismas los demás Estados signatarios.

« Transcurrido un año desde la consulta hecha a uno de los Estados signatarios sin que se pronuncie sobre las reservas, se estimará que no las objeta.

« Si a pesar de las observaciones que hayan sido formuladas, el Estado mantiene sus reservas, las consecuencias jurídicas de tal ratificación o adhesión con reservas serán las siguientes:

« *a*) El tratado estará en vigor, tal como fue firmado, respecto de los Estados que lo ratificaren sin reservas, en los términos en que fue redactado y firmado.

« *b*) Estará en vigor respecto de los Estados que lo ratificaren con reservas y de aquellos que las aceptaren, tal como sea modificado por dichas reservas, y

« *c*) No estará en vigor entre un Estado que haya ratificado con reservas y otro que haya ratificado y no acepte tales reservas. Con todo, el Estado que rechace las reservas y el que las haya formulado podrán convenir expresamente que el tratado rige entre ellos, a excepción de las disposiciones afectadas por las reservas.

« *d*) Las reservas aceptadas por la mayoría de los Estados no producirán efecto alguno respecto del Estado que las hubiere rechazado.

« II. Las reservas formuladas en el momento de suscribir un tratado no producen efecto si no han sido reiteradas con anterioricad al depósito del instrumento de ratificación.

« En caso de ser reiteradas, se consultarán de acuerdo con lo dispuesto en la regla I.

« III. Cualquier Estado podrá retirar sus reservas, antes o después de haber sido aceptadas por los demás. El Estado que hubiere rechazado una reserva podrá, más adelante, aceptarla.

---

[65] Doc. 71, 31 de agosto de 1959, pág. 4, líneas 1 y 2.

[66] Doc. 70, 31 de agosto de 1959.

[67] Doc. 84, 4 de septiembre de 1959.

« La formulación de reservas a un tratado con ocasión de su firma por los plenipotenciarios, de la ratificación del mismo o de la adhesión, es un acto inherente a la soberanía nacional.

« Constituye también un acto inherente a la soberanía nacional aceptar o rechazar las reservas formuladas por otros Estados o abstenerse de hacerlo.

« Se recomienda que las reservas formuladas a los tratados multilaterales, en ocasión de su firma, de la ratificación de los mismos o de la adhesión, sean precisas y determinen con exactitud la cláusula o norma impugnada. »

2. *Debate* [68]

57. En el debate del tema de las reservas a los tratados multilaterales hay que distinguir dos etapas, antes y después de la creación del Grupo de Trabajo, etapas que corresponden a sus sesiones cuarta y quinta respectivamente.

58. El debate general comenzó con una declaración del representante de Colombia en apoyo del proyecto de resolución sometido por su delegación [69]. Puso de manifiesto que el proyecto presentado por Colombia estaba basado en las normas establecidas por el Consejo Directivo de la Unión Panamericana, en la Resolución XXIX de la Octava Conferencia Internacional Americana y en la práctica constante de la Unión Panamericana en los últimos años. Pretendía regular de manera amplia y elástica las fórmulas relativas a las reservas con objeto de facilitar la ratificación de las convenciones por el mayor número posible de Estados y señalar, al mismo tiempo, los efectos jurídicos de las reservas. Respetando el principio de la soberanía nacional y de la libre contratación, el proyecto colombiano eliminaba hasta donde era posible los malos efectos de las reservas cuando no eran aceptadas por algunos signatarios y consagraba el principio de la aceptación tácita tal como ha venido siendo practicado por los Estados Americanos.

59. El representante del Uruguay manifestó que estaba de acuerdo con lo expresado por el representante de Colombia y con muchos puntos del proyecto presentado por la delegación de Panamá [70]. Agregó que lo importante era reafirmar los dos principios fundamentales que a su juicio constituían la base de la orientación panamericana en la materia, a saber, declarar la calidad de derecho natural de la reserva en todos sus aspectos y destacar que, en ningún caso, las soluciones adoptadas por la mayoría de los Estados comprometieran directa o indirectamente al Estado que formulaba la reserva. El representante del Uruguay terminó manifestando que el artículo 1 y el inciso 4 del artículo 6 del proyecto de Panamá coincidían con la posición del Uruguay en la materia, y propuso la eliminación de las dos últimas líneas del artículo 1 del citado proyecto panameño [71].

60. Por el contrario, el representante de Chile expresó que el contenido del artículo 1 del proyecto panameño no valía la pena de ser incluido en el proyecto pues no sería nada más que una mera repetición de un principio básico que ya formaba parte de una convención interamericana, en el artículo 6 de la Convención sobre Tratados firmada en La Habana en 1928.

61. El representante del Brasil llamó la atención de la Comisión sobre el estudio preparado por el Comité Jurídico [72] y la resolución sobre reservas adoptada por el propio Consejo en su Tercera Reunión [73] y expresó la opinión de que la Comisión debería de tenerlos en cuenta en su consideración del tema.

62. El representante del Paraguay después de expresar que el propósito fundamental de la codificación del derecho internacional era la de establecer la certidumbre o certeza sobre la norma aplicable, propuso [74] que se incorporara a las reglas panamericanas sobre reservas a los tratados multilaterales la recomendación de que toda reserva debía de ser precisa y había de determinar con exactitud la norma impugnada presentando a este fin el proyecto que hemos indicado.

63. El representante de Panamá después de hacer la historia del tema en la Organización de los Estados Americanos, explicó a la Comisión el propósito y contenido del proyecto de resolución presentado por su delegación [75]. Respecto del propósito, el proyecto pretendía resolver el problema de las reservas conciliando y armonizando los diversos puntos de vista expuestos en el Informe del Comité Jurídico y en las opiniones disidentes, manteniendo, al mismo tiempo, las « normas panamericanas ». El proyecto tenía como punto de partida que la formulación de las reservas y su aceptación o rechazo son un acto de soberanía nacional. Además determinaba las funciones de la Unión Panamericana como depositaria y se decidía por la tesis de que el Estado que dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha en que recibiera de la Unión Panamericana la notificación de la reserva formulada a un tratado, no manifestara expresamente su inconformidad con ella se entendería que no tenía objeción que hacer a la misma, agregando que esta tesis estaba establecida también por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El representante de Panamá terminó señalando que el proyecto de su delegación estipulaba la posibilidad de retirar las reservas formuladas así como el variar de posición respecto a su no aceptación.

64. Después de estas intervenciones la Comisión acordó crear un Grupo de Trabajo encargado de estudiar el tema y someter sus conclusiones a la Comisión. El Grupo de Trabajo quedó integrado por los representantes de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Estados Unidos, República Dominicana, Panamá y Uruguay.

65. En la segunda parte del debate la Comisión tuvo a su consideración el proyecto de resolución presentado por el Grupo de Trabajo [76].

66. Después de una declaración general sobre el tema del representante de Chile en la que puso de manifiesto

[68] Actas resumidas de la cuarta y quinta sesión de la Comisión II. Doc. 71, 31 de agosto de 1959, y Doc. 94, 3 de septiembre de 1959, respectivamente.

[69] Proyecto de resolución de Colombia, Doc. 35. Véase *supra*, párr. 53.

[70] Proyecto de resolución de Panamá, Doc. 34. Véase *supra*, párr. 52.

[71] Enmienda oral del Uruguay, Doc. 71, pág. 4, líneas 1 y 2. Véase *supra*, párr. 54.

[72] Véase *supra*, párrs. 32 y 33.

[73] Véase *supra*, párrs. 30 y 31.

[74] Proyecto de resolución del Paraguay, Doc. 70. Véase *supra*, párr. 55.

[75] Proyecto de resolución de Panamá, Doc. 34. Véase *supra*, párr. 52.

[76] Doc. 84. Véase *supra*, párr. 56.

la evolución desde el tratado-contrato al tratado-ley y expresó la esperanza de que los Estados Americanos establecerían un ordenamiento que contribuiría a regular el mecanismo de las reservas y sus consecuencias jurídicas, el Relator del Grupo de Trabajo, el representante del Uruguay, procedió a dar lectura parte por parte al proyecto del grupo de Trabajo.

67. La parte I del proyecto dio lugar a un cambio de opiniones entre los representantes de Brasil, del Uruguay, de Chile, de la República Dominicana, de Panamá, de México, de Colombia, de Guatemala y el Secretario Ejecutivo Interino del Consejo Interamericano de Jurisconsultos; quedó aclarado que el proyecto del Grupo de Trabajo estaba basado en la Resolución XXIX de la Octava Conferencia Internacional Americana.

3. *Voto*

68. Los proyectos de resolución de Panamá [77] y de Colombia [78] no fueron sometidos a votación. Tampoco fueron sometidas a votación las enmiendas de Uruguay [79] y de Paraguay [80].

69. La Comisión II se pronunció únicamente sobre el proyecto de resolución presentado por el Grupo de Trabajo [81] que fue aprobado por unanimidad pero con algunas reservas. La Comisión votó primeramente por separado sobre la parte I del proyecto, a continuación sobre las partes II y III y finalmente sobre la resolución en su conjunto. El representante de Chile salvó su voto con respecto al tercer parágrafo de la regla I del proyecto en cuanto pudiera estar en desacuerdo, en ciertos casos, con preceptos del derecho constitucional chileno pero reconociendo, al mismo tiempo, la justificación de la disposición dentro del mecanismo de consulta de las reservas. El representante de los Estados Unidos reservó su posición, por el momento, en relación con la parte II del proyecto y con el plazo establecido en el parágrafo tercero de la parte I.

B. CONSIDERACION DE LA CUESTION EN EL PLENO DEL CONSEJO Y ADOPCION DEL PROYECTO DE RESOLUCION PRESENTADO POR LA COMISION II

70. Las deliberaciones en Comisión sobre los efectos jurídicos de las reservas hechas a los pactos multilaterales y el proyecto por ella aprobado sobre este tema del programa fueron sometidos al pleno del Consejo por el relator de la Comisión II, Sr. Julio Escudero Guzmán (Chile) después de ser revisados por la Comisión de Estilo [82].

1. *Proyectos de resolución y enmiendas*

71. i) Enmienda oral del representante de Cuba [83] por la que solicitó que se supriman los párrafos antepenúltimo y penúltimo del proyecto de resolución aprobado por la Comisión II (Doc. 84).

72. ii) Propuesta oral del representante de Cuba [84] por la que sometió a la consideración del Consejo la procedencia de incluir en el proyecto de resolución aprobado por la Comisión II (Doc. 84) el tema mencionado en sus párrafos antepenúltimo y penúltimo.

73. iii) Enmiendas orales del representante de Cuba al antepenúltimo párrafo del proyecto de resolución aprobado por la Comisión II (Doc. 84). Este párrafo diría según la primera redacción de la enmienda [85]:

> « La formulación de reservas a un tratado con ocasión de su firma por los plenipotenciarios, de la ratificación del mismo o de la adhesión, es un acto inherente a la soberanía nacional, *pero no se podrán formular reservas a un instrumento cuando éste las prohiba expresamente ni cuando sean incompatibles con la naturaleza y propósito del instrumento de que se trata.* »

74. En su segunda redacción [86] el representante de Cuba retiró la última frase: « ni cuando sean incompatibles con la naturaleza y propósito del instrumento de que se trate ».

2. *Debate* [87]

75. El proyecto de resolución adoptado por la Comisión II sobre las reservas a los tratados multilaterales dio lugar a un nuevo debate en la tercera sesión plenaria del Consejo.

76. El representante del Perú manifestó que no apoyaría el proyecto de la Comisión II [88] por considerar que sin una definición anticipada de qué es reserva no pueden tratarse sus consecuencias o efectos jurídicos. Por otra parte, añadió, las reglas de procedimiento que debe seguir el Secretario General de la OEA para registrar los tratados ya estaban establecidas y eran aplicadas sin dificultad.

77. Si exceptuamos esta opinión sobre el proyecto de la Comisión II como un todo, el debate se concretó a las cuestiones suscitadas por el representante de Cuba con sus propuestas y enmiendas al antepenúltimo y penúltimo párrafos del proyecto de resolución [89]. Centrada la discusión en este punto, cabe distinguir un debate general relativo a los principios jurídicos sobre los que descansa la noción de las reservas en derecho internacional y a la conveniencia de la inclusión de algunos o alguno de estos principios en el proyecto en cuestión, y un debate sobre la enmienda al antepenúltimo párrafo del proyecto. El primero de estos debates implicaba el mantenimiento del texto del proyecto de la Comisión II en su integridad o la supresión de sus párrafos antepenúltimo y penúltimo. El segundo la modificación del antepenúltimo párrafo del proyecto mediante la adición de una nueva parte final de carácter restrictivo.

78. El representante de Cuba comenzó el debate general criticando el principio afirmado en el proyecto de la Comisión II [90] según el cual la formulación y la

---

[77] Doc. 34. Para el texto, véase *supra*, párr. 52.

[78] Doc. 35. Para el texto, véase *supra*, párr. 53.

[79] Doc. 71, pág. 4, líneas 1 y 2. Véase *supra*, párr. 54.

[80] Doc. 70. Véase *supra*, párr. 55.

[81] Doc. 84. Para el texto, véase *supra*, párr. 56.

[82] Doc. 117, 5 de septiembre de 1959. Informe del Relator de la Comisión II.

[83] Doc. 151, 9 de septiembre de 1959, pág. 5, párr. 1.

[84] *Ibid.*, pág. 14, párr. 3.

[85] *Ibid.*, pág. 14, último párrafo.

[86] *Ibid.*, pág. 16, último párrafo.

[87] Acta de la tercera sesión plenaria. Doc. 151, 9 de septiembre de 1959, págs. 2 a 19.

[88] Doc. 84. Véase, párrs. 56 y 69 *supra*.

[89] Doc. 151, pág. 5, párr. 1.º; pág. 14, párr. 3.º y último párrafo y pág. 16, último párrafo. Véase *supra*, párrs. 71 a 74.

[90] Doc. 84. Véanse *supra*, párrs. 56 y 69.

aceptación o el rechazo de reservas es un acto inherente a la soberanía nacional. Para el representante de Cuba esta noción de las reservas es incompatible con el estado actual del derecho internacional positivo en materia de reservas que es fruto, a su vez, de la evolución experimentada desde la contratación internacional hasta la legislación internacional. Semejante noción de las reservas es también contraria al desarrollo progresivo del derecho internacional. Para defender sus intereses legítimos los países americanos no necesitan aferrarse a una noción de la soberanía nacional que ya ha cumplido su misión y que ya no sirve en el actual estado de la organización internacional. Hoy día una protección real de intereses nacionales ya no puede ser garantizada por el principio de la soberanía nacional; hay que reemplazarlo por el nuevo principio de la organización internacional. La noción de soberanía nacional es un arma de dos filos que se vuelve con frecuencia contra los pequeños países que la defienden. Actualmente las reservas deben de ser compatibles con el propósito y finalidad del tratado.

79. Además de estas críticas de fondo, el representante de Cuba se opuso también a la inclusión de dichos principios en el proyecto por considerarla improcedente. Lo único que el Consejo debía tratar según su propio programa, era la regulación de los efectos que tiene la aceptación o no, por un Estado de las reservas formuladas por otro. Es una cuestión de buena lógica eliminar la reafirmación de un principio de un lugar donde es improcedente que figure y ello no implica pronunciarse sobre el fondo de dicho principio.

80. El representante de los Estados Unidos apoyó este último punto de vista del representante de Cuba, es decir, la improcedencia de los párrafos mencionados en el texto de la resolución en discusión.

81. El representante de Chile señaló también que se trataba de dar forma a un pequeño reglamento sobre las reservas y estimó que no era el momento propicio de volver a repetir principios de orden general.

82. Sin embargo la mayoría de los representantes se pronunciaron contra las opiniones del representante de Cuba.

83. El representante de Colombia después de recordar la historia de la redacción del proyecto de resolución por la Comisión II, manifestó la opinión que legislar en materia internacional es para un Estado un acto de soberanía en lo internacional. La tesis de la incompatibilidad de las reservas se está abriendo camino pero aún no ha evolucionado lo suficiente para que pueda ser consagrada como una norma de derecho internacional de aplicación general.

84. La misma opinión sobre la tesis de la incompatibilidad fue sostenida por el delegado de México. Para este último, independientemente del hecho que sea un atributo necesario o no de la soberanía, la formulación de reservas es un acto inherente a la soberanía, y como tal había sido consagrado en el derecho internacional americano.

85. El representante de Venezuela se manifestó de acuerdo con los defensores del texto íntegro del proyecto de resolución de la Comisión pero entendiendo la soberanía nacional en la acepción moderna del concepto, es decir como un principio que no puede considerarse aisladamente sino en relación con otros principios del derecho internacional.

86. Los representantes de Uruguay, Panama y la República Dominicana hicieron también declaraciones favorables al mantenimiento de la integridad del proyecto de resolución de la Comisión II.

87. En la última parte del debate, la relativa a la enmienda al antepenúltimo párrafo del proyecto de la Comisión II [91], el punto de vista del representante de Cuba recibió un apoyo parcial más favorable.

88. Ningún representante apoyó la parte final de la enmienda, es decir, que no se podrán formular reservas incompatibles con la naturaleza y propósito del tratado. Sin embargo, los representantes de Colombia, México y Brasil se mostraron favorables a la primera parte de la enmienda que estipulaba que no se podrán formular reservas a un tratado cuando éste las prohiba expresamente.

89. Ante las opiniones expresadas, el representante de Cuba modificó su enmienda eliminando la parte relativa a las reservas incompatibles con la naturaleza y propósito del tratado pero, como veremos a continuación, el Consejo tampoco retuvo la enmienda en su segunda redacción.

3. *Voto*

90. El Consejo Interamericano de Jurisconsultos aprobó en su tercera sesión plenaria, el 8 de septiembre de 1959, el proyecto presentado por la Comisión II que se convirtió en la Resolución X de su Cuarta Reunión.

91. El Conseo votó primeramente la propuesta de carácter de procedimiento del representante de Cuba que fue rechazada por 11 votos contra 3 y 6 abstenciones [92].

92. La primera redacción de la enmienda del representante de Cuba [93] al antepenúltimo párrafo del proyecto de resolución de la Comisión II no fue sometida a votación. El Consejo se pronunció sobre la segunda redacción de la enmienda del representante de Cuba [94], que fue rechazada por no alcanzar la mayoría necesaria de 11 votos. La enmienda recibió 10 votos a favor, 5 en contra y 5 abstenciones [95].

93. A continuación el Consejo pasó a votar sobre el proyecto de resolución de la Comisión II [96]. Primeramente se procedió a la votación nominal de los párrafos antepenúltimo y penúltimo cuya supresión había sido solicitada por el representante de Cuba [97]. Estos párrafos fueron aprobados por 14 votos contra 2 y 4 abstenciones. Votaron en contra Cuba y El Salvador y se abstuvieron los Estados Unidos, Nicaragua, Perú y Chile [98]. Finalmente el Consejo aprobó el texto íntegro del proyecto de la Comisión II por 15 votos contra 1 y 3 abstenciones [99] que se convirtió en la Resolución X de su Cuarta Reunión.

94. En virtud de esta Resolución:

« El Consejo Interamericano de Jurisconsultos

[91] Doc. 151, pág. 5, párr. 1; pág. 14, párr. 3 y último párrafo y pág. 16, último párrafo. Véase *supra*, párrs. 71, 73 y 74.

[92] *Ibid.*, pág. 14, párr. 3. Véase *supra*, párr. 72.

[93] *Ibid.*, pág. 14, último párrafo. Véase *supra*, párr. 73.

[94] *Ibid.*, pág. 16, último párrafo. Véase *supra*, párr. 74.

[95] *Ibid.*, pág. 17, primer párrafo.

[96] Doc. 84. Véase *supra*, párrs. 56 y 69.

[97] Doc. 151, pág. 5, párrafo primero. Véase *supra*, párr. 71.

[98] *Ibid.*, págs. 17 y 18.

[99] *Ibid.*, pág. 18.

« RESUELVE :

« Recomendar a la Undécima Conferencia Interamericana la consideración de las siguientes normas acerca de las reservas a los tratados multilaterales :

« La Unión Panamericana, en el desempeño de las funciones que le atribuye el Artículo 83 *e*) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, procederá de acuerdo con las reglas siguientes, salvo estipulación en contrario, en lo concerniente a las reservas a los tratados multilaterales, incluyendo aquéllos abiertos a la firma por término fijo o indefinido.

« I. En el caso de ratificación o adhesión con reservas, el Estado que ratifique o adhiera enviará a la Unión Panamericana, con antelación al depósito del instrumento respectivo, le texto de las reservas que se proponga formular, a fin de que la Unión Panamericana las comunique a los demás Estados signatarios, solicitándoles un pronunciamiento sobre su aceptación o rechazo.

« El Secretario General dará a conocer al Estado que formule las reservas de las observaciones hechas por los otros Estados. El Estado indicado podrá o no proceder a efectuar el depósito del instrumento de ratificación o adhesión con las reservas, teniendo en cuenta la naturaleza de las observaciones que formulen sobre las mismas los demás Estados signatarios.

« Transcurrido un año desde la consulta hecha a uno de los Estados signatarios sin que se pronuncie sobre las reservas, se estimará que no las objeta.

« Si a pesar de las observaciones que hayan sido formuladas, el Estado mantiene sus reservas, las consecuencias jurídicas de tal ratificación o adhesión con reservas serán las siguientes :

« *a*) El tratado estará en vigor respecto de los Estados que lo ratificaran sin reservas, en los términos en que fue redactado y firmado,

« *b*) Estará en vigor respecto de los Estados que lo ratificaren con reservas y de aquellos que las aceptaren, tal como sea modificado por dichas reservas,

« *c*) No estará en vigor entre un Estado que haya ratificado con reservas y otro que haya ratificado y no acepte tales reservas. Con todo, el Estado que rechace las reservas y el que las haya formulado podrán convenir expresamente que el tratado rige entre ellos, a excepción de las disposiciones afectadas por dichas reservas,

« *d*) Las reservas aceptadas por la mayoría de los Estados no producirán efecto alguno respecto del Estado que las hubiere rechazado.

« II. Las reservas formuladas en el momento de suscribir un tratado no producen efecto si no han sido reiteradas con anterioridad al depósito del instrumento de ratificación.

« En caso de ser reiteradas, se consultarán de acuerdo con lo dispuesto en la regla I.

« III. Cualquier Estado podrá retirar sus reservas, antes o después de haber sido aceptadas por los demás. El Estado que hubiere rechazado una reserva podrá, más adelante, aceptarla.

« La formulación de reservas a un tratado con ocasión de su firma por los plenipotenciarios, de la ratificación del mismo o de la adhesión, es un acto inherente a la soberanía nacional.

« Constituye también un acto inherente a la soberanía nacional aceptar o rechazar las reservas formuladas por otros Estados o abstenerse de hacerlo.

« Se recomienda que las reservas formuladas a los tratados multilaterales, en ocasión de su firma, de la ratificación de los mismos o de la adhesión, sean precisas y determinen con exactitud la cláusula o norma impugnada.» [100]

95. El voto en el pleno del Consejo de la Resolución X fue acompañado de reservas y declaraciones [101] por parte de las delegaciones de Bolivia, del Brasil, de los Estados Unidos de América y de Chile, cuyo contenido exponemos a continuación.

« *Reserva de Bolivia:*

« La delegación de Bolivia se abstiene de votar el proyecto de resolución relativo a las reservas a los tratados multilaterales, porque considera inoportuno cualquier pronunciamiento *in abstracto* sobre la aprobación o rechazo de las reservas a los tratados multilaterales, sin efectuar, previamente, una discriminación sobre la importancia y la materia de que se ocupan los mismos.

« *Reserva del Brasil:*

« La delegación del Brasil se abstiene de votar los inciso *b*), *c*) y *d*) del numeral I del documento 84 sobre reservas a los tratados multilaterales, teniendo en vista la opinión que el Gobierno del Brasil ha sustentado en relación con el principio de la compatibilidad de las reservas con el objeto y finalidad de los tratados a que se refieren.

« *Declaración de Chile:*

« La delegación de Chile salva su voto con respecto al tercer parágrafo del numeral I del proyecto de resolución sobre reservas a los tratados multilaterales, cuya justificación dentro del mecanismo de consulta de las reservas reconoce sólo en cuanto pudiera estar en desacuerdo, en ciertos casos, con preceptos del Derecho Constitucional chileno.

« *Declaración de los Estados Unidos de América:*

« La delegación de los Estados Unidos hace la siguiente declaración con respecto a dos de las disposiciones contenidas en el proyecto de resolución sobre los efectos jurídicos de las reservas a los tratados multilaterales :

« *a*) No estima deseable la disposición del párrafo I de la resolución de que si un Estado Parte no se pronuncia dentro del período de un año sobre una observación formulada por una parte ratificante o adherente, este hecho será interpretado como aceptación de la reserva.

« *b*) El requisito del numeral II de la resolución según el cual las reservas, hechas al momento de la firma deben ser también reiteradas antes del depósito

[100] *Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto - 9 de septiembre de 1959 (CIJ-43), Unión Panamericana, Washington, D.C., págs. 33 y 34.

[101] *Ibid.*, págs. 93 y 94.

de ratificación, no es aceptable para la delegación de los Estados Unidos en la forma en que ha sido redactado.

« La delegación de los Estados Unidos, por lo tanto, reserva su posición con respecto a las dos disposiciones. »

96. Algunos representantes explicaron sus votos. El representante de la República Dominicana indicó que su país no comparte el inciso *c*) del proyecto. El representante del Ecuador señaló que de haberse votado por partes todo el proyecto se habría abstenido de votar sobre el inciso *c*). El representante del Paraguay manifestó que había votado favorablemente el proyecto pero que se había abstenido especialmente en el párrafo 3 del Artículo I [102].

C. PROPUESTA DE CREACION DE UN NUEVO TIPO DE RESERVA A LOS TRATADOS MULTILATERALES LLAMADO « RESERVA DE ADHESION TEORICA O MORAL »

97. Durante el debate en la Comisión II del tema de las reservas a los tratados multilaterales, el representante del Paraguay presentó a la Comisión una serie de observaciones en las que sugirió la introducción en la práctica de las reservas a los tratados multilaterales del tipo de la por él denominada « reserva de adhesión teórica o moral » [103].

98. Este tipo de reserva pretende superar las dificultades originadas por las legislaciones internas cuando éstas se oponen a una determinada norma de derecho internacional convencional que los Estados hallan conveniente y aceptable. Mediante la reserva de adhesión teórica o moral se pretende superar el dilema permitiendo que el Estado manifieste su conformidad con la norma internacional en cuestión a cambio de comprometerse a promover la modificación de aquella o aquellas disposiciones de su legislación interna contrarias a la citada norma internacional con objeto de hacer posible la ratificación y vigencia de esta última. El fin de la « reserva de adhesión teórica » es por lo tanto la eliminación de las reservas fundadas en disposiciones del derecho interno de los Estados.

99. Como señalaba el representante del Paraguay la « reserva de adhesión teórica » tendría la ventaja de determinar si una cláusula impugnada por varios Estados ha sido rechazada por indeseable o si, por el contrario, ha sido formulada con la simpatía y adhesión de todos; de permitir a la Organización de los Estados Americanos promover o gestionar en los diferentes Estados las reformas necesarias para ratificar lisa y llanamente las cláusulas impugnadas con la reserva de adhesión teórica; y de facilitar en cada Estado el avance o la progresión en la unificación o armonización del derecho, de acuerdo con los demás Estados.

100. La Comisión II se ocupó de esta cuestión en sus 5.ª y 7.ª sesiones del 2 y 4 de septiembre respectivamente [104]. Durante el debate se expresó la opinión que las observaciones del representante del Paraguay deberían ser enviadas a la Comisión III que se ocupaba de los asuntos que debían encomendarse al Comité Jurídico en su nuevo período de sesiones. Finalmente la Comisión II aprobó por unanimidad un proyecto de resolución presentado por el Uruguay [105] que fue a su vez adoptado en el pleno del Consejo [106] por 17 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención. Tres delegaciones estuvieron ausentes. En virtud de esta Resolución, la XI de su Cuarta Reunión :

« El Consejo Interamericano de Jurisconsultos

« RESUELVE :

« Pasar al Comité Jurídico Interamericano el proyecto de la delegación del Paraguay titulado « Reserva de Adhesión Teórica », a fin de que se sirva estudiar las posibilidades de su aplicación. » [107].

SECCION SEGUNDA. LOS PRINCIPIOS DEDERECHO INTERNACIONAL QUE RIGEN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

I. ANTECEDENTES DENTRO DEL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) [108]

A. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION (1954)

101. La Organización de los Estados Americanos se ocupó por primera vez de los « principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado » en la Décima Conferencia Interamericana celebrada en Caracas en 1954. La resolución CIV de la Décima Conferencia Interamericana después de referirse *a*) a la resolución 799 (VIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que pedía a la Comisión de Derecho Internacional que procediera a la codificación de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, *b*) al deber de promover relaciones de cooperación entre la Comisión de Derecho Internacional y los organismos interamericanos encargados del desarrollo y la codificación del derecho internacional y *c*) al hecho de que el continente americano ha contribuido notablemente al desarrollo y a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos y a su comisión permanente, el Comité Jurídico Interamericano, « la preparación de un estudio o informe sobre la contribución que ha hecho el continente americano al desarrollo y a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado [109].

[102] Acta de la Tercera Sesión Plenaria, Doc. 151, págs. 18 y 19.

[103] Doc. 69, 31 de agosto de 1959.

[104] Actas resumidas de la quinta y séptima sesiones de la Comisión II. Doc. 94, 3 de septiembre de 1959, y Doc. 109, 4 de septiembre de 1959, respectivamente.

[105] Doc. 108, 4 de septiembre de 1959.

[106] Acta de la Tercera Sesión Plenaria, Doc. 151, págs. 18 y 19.

[107] *Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto - 9 de septiembre de 1959 (CIJ-43), Unión Panamericana, Washington, D.C., pág. 35.

[108] Para los precedentes anteriores a la creación de la Organización de los Estados Americanos, véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, Vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 56.V.3, vol. II), documento A/CN.4/96, « La Responsabilidad del Estado », informe preparado por F. V. García Amador, párr. 24 a 29 y anexos 4, 5 y 6.

[109] *Manual, Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto de 1959 (CIJ-41), Unión Panamericana, Washington, D.C., págs. 34 y 35.

102. La resolución CIV de la Décima Conferencia Interamericana al mismo tiempo que introduce por primera vez a la consideración de los órganos de la Organización de Estados Americanos el tema de « los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado » precisa la forma y contenido que ha de darse a esa consideración y su finalidad. Respecto a la forma, se encomienda al Consejo Interamericano de Jurisconsultos y al Comité Jurídico Interamericano, la preparación de un estudio o informe. En cuanto al contenido, este estudio o informe debe consistir en la contribución que ha hecho el continente americano al desarrollo y a la codificación de los principios de derecho internacional que rigen este tema. Como se desprende de los considerandos de la resolución la finalidad perseguida sería entregar a la Comisión de Derecho Internacional, de manera que pueda ser utilizada por ésta, el material de la contribución hecha por el continente americano a este capítulo del derecho internacional.

103. A instancia del Gobierno de Cuba el Consejo de la Organización de Estados Americanos incluyó el tema relativo a los « Principios de Derecho Internacional que rigen la Responsabilidad del Estado » en el programa de la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos a pesar de que el Comité Jurídico no había preparado aún el estudio o informe previsto en la resolución de Caracas. Se consideró útil y conveniente que el Consejo tuviera la oportunidad de discutir el tema con objeto de pronunciarse sobre el procedimiento de trabajo más apropiado para alcanzar los propósitos de la resolución [110].

104. En la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos celebrada en México en 1956 el tema « Principios de Derecho Internacional que rigen la Responsabilidad del Estado » correspondió a su Tercera Comisión. Por su resolución VI de carácter meramente procedural, el Consejo solicitó de su comisión permanente, el Comité Jurídico Interamericano que concluyera cuanto antes el estudio o informe encomendado por la Conferencia de Caracas para que pudiera ser considerado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su Cuarta Reunión y encargó también al Departamento Jurídico de la Unión Panamericana un estudio preliminar sobre la materia con objeto de facilitar los trabajos del Comité [111].

B. INFORME DEL COMITE JURIDICO INTERAMERICANO

105. En 1958, el Comité Jurídico Interamericano aprobó un informe titulado *Contribución del continente americano a los principios del Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado* [112]. El informe comienza analizando los términos del mandato que el Comité Jurídico había recibido de la Conferencia Interamericana y del Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Después de considerar que se le ha encomendado una tarea limitada estrictamente al pasado y a su traslado más fiel, es decir a la contribución que el continente americano « ha hecho » al desarrollo y codificación de los principios jurídicos que rigen la responsabilidad del Estado, el Comité pasa a deslindar el contenido material de dicha tarea. Teniendo en cuenta los términos de las resoluciones y el hecho que el destinatario al que ha de comunicarse la contribución del contienente americano es la Comisión de Derecho Internacional, el Comité considera que es necesario tener en cuenta « todo » cuanto en el vasto ámbito continental americano se ha resuelto o propuesto, pensado o escrito sobre los problemas de todo género agrupados bajo la rúbrica común de la responsabilidad internacional del Estado : « Derecho vigente y derecho caduco; jurisprudencia de los tribunales internacionales y también de los nacionales, con las demás piezas procesales aportadas por las partes, y que frecuentemente ofrecen singular interés; documentos de cancillería y expresiones parlamentarias; doctrina de los tratadistas [113] ».

106. Naturalmente las proporciones de esta tarea superaban las posibilidades inmediatas del Comité, el cual pasando de la problemática al terreno de las soluciones prácticas se limitó : 1) a indicar algunos de los arbitrios que la Conferencia Interamericana y el Consejo Interamericano de Jurisconsultos podrían tomar en la presente coyuntura y 2) a enunciar una serie de principios que son aceptados por la mayoría de los países americanos y que, en concepto del Comité, forman parte del Derecho Internacional latinoamericano y en ciertos aspectos del Derecho Internacional americano.

107. Respecto al punto 1 el Comité considera que si la Conferencia Interamericana o el Consejo Interamericano de Jurisconsultos ratifican en todos sus términos la tarea encomendada deben de tener en cuenta la dimensión temporal que exigirá la naturaleza del tema. Si seleccionaran un cierto número de temas eminentes en el campo de la responsabilidad del Estado esa dimensión temporal podría evidentemente reducirse. El Comité enumera algunos de estos temas, la mayoría de los cuales se refieren al Derecho de las Reclamaciones por considerar que en este sector muy especial es donde mayormente puede apreciarse la contribución del continente americano y ser, al mismo tiempo, el terreno más adecuado para que sus principios sean incorporados en un instrumento de codificación. Por último el Comité considera la posibilidad de que los gobiernos americanos quieran dar un nuevo impulso al régimen actual plasmando en una convención o declaración los principios que *deben regir* la responsabilidad internacional del Estado [114].

108. En cuanto al punto 2 el Comité enumera la serie de principios que considera, como hemos indicado, que forman parte del Derecho Internacional latinoamericano y en ciertos casos del Derecho Internacional americano [115]. Los principios enumerados son los siguientes :

« I) No es admisible la intervención en los asuntos interiores o exteriores de un Estado como sanción de la responsabilidad de ese Estado.

[110] *Manual, Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, México, D.F., 17 de enero de 1956 (CIJ-24), Unión Panamericana, Washington, D.C., pág. 83.

[111] *Manual, Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto de 1959 (CIJ-41), Unión Panamericana, Washington, D.C., págs. 35 y 36.

[112] Comité Jurídico Interamericano, documento CIJ-39, Unión Panamericana, Washington, D.C.

[113] *Ibid.*, pág. 3.

[114] *Ibid.*, págs. 6 y 7.

[115] *Ibid.*, págs. 7 y 8.

« II) La responsabilidad del Estado por deudas contractuales reclamadas por el gobierno del Estado como correspondiente a él o a sus nacionales no puede hacerse efectiva mediante el recurso a la fuerza armada. Este principio se aplica aun en el caso de que el Estado deudor deje sin respuesta una proposición de arbitraje o no cumpla un laudo arbitral.

« III) El Estado no es responsable por actos u omisiones respecto de extranjeros sino en los mismos casos en que, conforme a su legislación, tenga esa responsabilidad frente a sus nacionales.

« IV) La responsabilidad del Estado por un delito cometido en su territorio no se deriva del hecho del delito mismo o del perjuicio, sino de la incuria inexcusable o mala voluntad de ese Estado para prevenirlo, perseguirlo y sancionarlo de acuerdo con sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales.

« V) No hay responsabilidad del Estado por daños sufridos por extranjeros en virtud de caso fortuito, entre los cuales se incluyen los actos de insurrección y guerra civil.

« VI) El deber del Estado en lo que respecta a la protección judicial, debe considerarse cumplido desde que pone a disposición de los extranjeros los tribunales nacionales y los recursos que necesitan cada vez que ejercitan sus derechos. El Estado no puede intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales ni iniciar en el particular una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando los mencionados nacionales hayan tenido expeditos los medios para recurrir a los tribunales competentes del correspondiente Estado.

« Por consiguiente :

« *a*) No hay denegación de justicia cuando los extranjeros han tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales nacionales competentes del Estado respectivo.

« *b*) El Estado ha cumplido su deber internacional cuando la autoridad judicial pronuncia su decisión, aun si declara inadmisible la demanda, la acción o recurso interpuesto por el extranjero.

« *c*) El Estado no es internacionalmente responsable por la resolución judicial, cualquiera que sea y aun cuando no fuere satisfactoria para el reclamante.

« *d*) El Estado es responsable de los perjuicios sufridos por los extranjeros cuando se hace culpable de denegación de justicia. »

109. El informe del Comité va acompañado de las siguientes conclusiones enunciativas de los procedimientos que podrían adoptarse [116] :

« 1. En los términos de las resoluciones hasta ahora vigentes, la contribución que el continente americano ha hecho a los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, ha de entenderse como la exposición integral y objetiva de todo cuanto puede encontrarse a este respecto en la obra de los gobiernos, juristas y pensadores, es decir en el derecho vigente o histórico, en la jurisprudencia nacional o internacional, en la política de las cancillerías y en la doctrina de los publicistas.

« 2. Mediante nuevo acuerdo de los gobiernos americanos, podría reducirse dicha exposición, aunque conservando los mismos caracteres de imparcialidad y objetividad, a aquellos aspectos que en función de las circunstancias antes aludidas, se consideren de mayor interés.

« 3. Con el mismo requisito previo que es la resolución de los gobiernos, podrían emprenderse trabajos preparatorios tendientes a codificar en un instrumento idóneo, los principios cuya común aceptación se considere más necesaria en este continente, en orden a la mejor solución de las cuestiones que puedan surgir en lo concerniente a la responsabilidad internacional del Estado. »

110. El Comité se pronuncia pues, siempre y cuando los gobiernos lo juzgaren oportuno, en favor de « la codificación en un instrumento idóneo » de los principios de la responsabilidad internacional del Estado cuya común aceptación se considere más necesaria en el continente americano.

111. El informe del Comité Jurídico Interamericano va acompañado de un anexo con la opinión disidente del representante de los Estados Unidos [117] sobre los « principios » que el informe considera que han sido aceptados por una mayoría de Estados americanos y forman parte del Derecho Internacional latinoamericano y en ciertos aspectos del Derecho Internacional americano.

112. El representante de los Estados Unidos se declara de acuerdo con los principios incorporados en el párrafo 1 relativo a la intervención y en el párrafo II referente al uso de la fuerza armada. El párrafo III lo declara aceptable si se enmendara agregando la frase « ... excepto cuanto el tratamiento de un extranjero está en contravención de principios generalmente aceptados del derecho internacional ». Se pronuncia contra el párrafo V por cuanto parece querer excluir las pérdidas resultantes de la requisición de propiedades por las autoridades constituidas o por fuerzas revolucionarias que hayan tenido éxito, y por cuyas pérdidas se considera responsable al Estado de acuerdo con los principios generalmente aceptados del derecho internacional. Pero sobre todo la opinión disidente del representante de los Estados Unidos rechaza el párrafo VI. A este respecto, después de indicar la reserva de los Estados Unidos al artículo VII del Pacto de Bogotá, el representante estadounidense, apoyándose en los artículos 5 y 7 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el artículo III de la Convención relativa a los Derechos de Extranjería suscrito en la ciudad de México en 1902, termina diciendo : « Si bien se declara en el subpárrafo *d*) que el Estado es responsable por los daños sufridos por extranjeros cuando sea culpable de denegación de justicia, esa declaración queda, para los fines prácticos, anulada por los tres subpárrafos *a*), *b*) y *c*) en cuanto se refieren al procedimiento judicial en el que un extranjero puede ser un demandante o un demandado [118] ».

II. Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos

113. El tema « Contribución del continente americano al desarrollo y a la codificación de los principios del

[116] *Ibid.*, pág. 9.

[117] *Ibid.*, págs. 10 a 14.

[118] *Ibid.*, pág. 13.

derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado » fue inscrito, como hemos indicado, en el capítulo I, en el programa de trabajo de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos a cuya consideración se sometió el informe preparado por el Comité Jurídico. Correspondió tratar de la cuestión a la Comisión II.

A. CONSIDERACIÓN DE LA CUESTION EN LA COMISION II [119]

114. La Comisión II se ocupó de esta cuestión en sus sesiones 6.ª y 7.ª del 3 y 4 de septiembre de 1959 respectivamente.

1 *Proyectos de resolución y enmiendas*

115. i) Proyecto de resolución sometido por la delegación de los Estados Unidos [120]. La parte dispositiva del proyecto de resolución decía lo siguiente :

« RESUELVE :

Solicitar del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana que prepare una compilación de los textos formales, tomados de documentos oficiales, que se relacionen con la contribución de América al desarrollo y codificación del derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, y que transmita tal complicación a la Comisión de Derecho Internacional por conducto de la Secretaría General de las Naciones Unidas . »

116. ii) Proyecto de resolución presentado por la delegación de Panamá [121]. El texto de la parte dispositiva decía lo siguiente :

« RESUELVE :

Encomendar al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de tratado en el que, debidamente estructurados en artículos, se recojan los principios cuya común aceptación se considere más necesaria en el continente americano en orden a la adecuada solución de las cuestiones que puedan suscitarse en lo referente a la responsabilidad internacional del Estado. »

117. iii) Proyecto de resolución sometido por el Grupo de Trabajo (Estados Unidos, México, Panamá, Cuba y Chile) [122] a la Comisión II. La parte dispositiva de este proyecto de resolución decía lo siguiente :

« RESUELVE :

« 1. Solicitar del Comité Jurídico Interamericano que prosiga el estudio o informe encomendado por la resolución CIV de la Décima Conferencia Interamericana y posteriormente por la resolución VI de la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.

« 2. Instruir al Comité Jurídico que, al efecto del párrafo anterior, continúe su labor bajo las siguientes bases :

« *a*) La Unión Panamericana enviará antecedentes adicionales sobre este tema.

« *b*) El Comité Jurídico hará una exposición objetiva y documentada de todo cuanto pueda demostrar la contribución del continente americano, usando todas las fuentes apropiadas.

« *c*) El Comité Jurídico señalará al propio tiempo las discrepancias que puedan existir entre las diversas repúblicas americanas sobre los principios a que se refiere la presente resolución.

« 3 Encarecer al Comité que en su período ordinario de sesiones de 1960, lleve a cabo el estudio o informe y lo presente a la consideración del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su Quinta Reunión. »

118. iv) Enmienda oral del representante de la República Dominicana [123] en virtud de la cual se reemplazaría en el numeral 2, inciso *b*, del proyecto de resolución presentado por el Grupo de Trabajo (Doc. 102), la frase « la contribución del continente americano » por « la contribución de los países americanos. »

119. v) Enmienda oral del representante de México [124] en virtud de la cual se sustituiría, en el último párrafo del preámbulo del proyecto de resolución presentado por el Grupo de Trabajo (Doc. 102), la frase « ha recibido el informe del Comité Jurídico » por « ha recibido un documento titulado ».

120. vi) Enmienda oral del representante del Uruguay [125] con la cual se sustituiría en el numeral 2, inciso *c* del proyecto de resolución presentado por el Grupo de Trabajo (Doc. 102), las palabras « sobre los principios » por « en la materia ».

2. *Debate* [126]

121. En su informe, el Comité Jurídico Interamericano había solicitado del Consejo Interamericano de Jurisconsultos que trazara normas sobre el método que debía seguirse para la prosecución del trabajo relativo a la contribución del continente americano a los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado y al mismo tiempo había enumerado una serie de principios que en su opinión eran comúnmente aceptados por la mayoría de los países americanos y formaban parte del derecho internacional latinoamericano, y en ciertos aspectos del derecho internacional americano.

122. En el debate de la Comisión cabe distinguir dos etapas bien definidas, antes y después de la creación del Grupo de Trabajo que redactó el proyecto de resolución finalmente aprobado.

123. En la primera parte del debate aparecieron muchas discrepancias respecto al valor del informe redactado por el Comité Jurídico así como respecto al procedimiento que sería más conveniente seguir en el futuro.

---

[119] La numeración de los documentos que se citan en esta parte del capítulo II, sección segunda, corresponde a la nomenclatura de los documentos oficiales en español de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Santiago de Chile, agosto-septiembre 1959.

[120] Doc. 50, 28 de agosto de 1959.

[121] Doc. 79, 1.º de septiembre de 1959.

[122] Doc. 102, 3 de septiembre de 1959.

[123] Doc. 109, 4 de septiembre de 1959, pág. 2, párrs. 3 y 4.

[124] *Ibid.*, pág. 2, párr. 5.

[125] *Ibid.*, pág. 3, párrs. 2 a 5.

[126] Actas resumidas de la sexta y séptima sesión de la Comisión II, Doc. 106 y Doc. 109 respectivamente, ambos del 4 de septiembre de 1959.

124. El representante de los Estados Unidos indicó que existía una contradicción palmaria entre la primera y la segunda parte del informe del Comité, ya que después de definir el concepto básico de su mandato el Comité procedió a destruir en el resto del informe este concepto. El informe del Comité no constituía una base objetiva adecuada sobre la que el Consejo pudiera actuar constructivamente. Las observaciones generales formuladas por el Comité sin apoyo de documentación o textos oficiales no podían ser transmitidas a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El objetivo de la tarea encomendada es reunir los antecedentes, es decir lo que el continente americano ha hecho en favor del desarrollo y la codificación de los principios que rigen la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, el mejor procedimiento que debía seguir el Consejo era, como proponía la delegación de los Estados Unidos [127], el de solicitar del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana la compilación de los textos oficiales aprobados en las reuniones interamericanas y trasmitir dicha compilación a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

125. El representante de México, después de afirmar que en opinión de la delegación mexicana los seis principios enumerados en el informe del Comité y sus conclusiones formaban parte del derecho internacional latinoamericano y, en ciertos aspectos, del derecho internacional americano, señaló que el Comité no pretendia que su informe fuese trasmitido, tal cual, a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sino que se dirigía de nuevo al Consejo solicitando instrucciones para la prosecución de su tarea. El representante de México se declaró contrario al proyecto presentado por los Estados Unidos por tres razones principales. En primer lugar no compartía la opinión que el Comité no había correspondido al encargo que se le hiciera en la resolución de Caracas; en segundo, porque en el proyecto americano se hablaba únicamente de « una compilación de textos formales, tomados de documentos oficiales » y en tercer lugar, por considerar que competía al Comité Jurídico y no al Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana la realización de los estudios necesarios con miras a definir los principios que en el continente americano regían la responsabilidad del Estado. Por ello apoyaría cualquier proyecto de indole similar al presentado por Panamá [128].

126. El representante del Uruguay, de acuerdo con el representante de los Estados Unidos, entendía que se había encomendado al Comité Jurídico únicamente efectuar un ordenamiento del material y tampoco podía aceptar el conjunto de principios enumerados. Pero por otra parte el desarrollo del derecho no queda limitado a su codificación y por lo tanto manifestó su intención de formular una moción para determinar el alcance de la tarea encomendada al Comité Jurídico.

127. El representante de Cuba señaló que se había pedido al Comité simplemente un estudio o informe, no una codificación, o una formulación de principios. Hizo observar también que el Comité todavía no había presentado el informe correspondiente y que en el informe presentado se habían omitido algunos de los principios americanos más importantes en esta materia. El representante de Cuba puso asimismo de relieve la necesidad de que la tarea se efectuase en el plazo de un año.

128. Otros representantes expresaron también sus puntos de vista sobre los términos de la resolución de Caracas y las normas que debían darse al Comité para la prosecución de su estudio sobre la responsabilidad internacional del Estado.

129. Por iniciativa del Presidente de la Comisión, el representante de Colombia, y a pesar de algunas alegaciones en contrario se constituyó un Grupo de Trabajo integrado por los Estados Unidos, México, Panamá, Cuba y Chile con objeto de estudiar la cuestión y tratar de llegar a un acuerdo entre las diversas opiniones manifestadas.

130. El Grupo de Trabajo sometió a la Comisión un proyecto de resolución sobre el que se desarrolló la segunda parte del debate [129]. Fueron presentadas ligeras enmiendas orales al mismo, algunas de las cuales fueron retenidas por la Comisión. El proyecto elaborado por el Grupo de Trabajo con las enmiendas retenidas por la Comisión fue considerado aceptable por todos los representantes.

3. *Voto*

131. Los proyectos de resolución presentados por los Estados Unidos y Panamá respectivamente [130] no llegaron a ser sometidos a votación.

132. La enmienda oral de la República Dominicana [131] al proyecto de resolución presentado por el Grupo de Trabajo no fue retenida por la Comisión.

133. La Comisión II aprobó por unanimidad el proyecto de resolución presentado por el Grupo de Trabajo [132] con las enmiendas orales al mismo de México [133] y del Uruguay [134].

B. DISCUSION DE LA CUESTION EN EL PLENO DEL CONSEJO Y ADOPCION DEL PROYECTO DE RESOLUCION PRESENTADO POR LA COMISION II [135].

134. Las deliberaciones en la Comisión sobre la responsabilidad del Estado y el proyecto por ella aprobado relativo a este tema fueron sometidos al pleno del Consejo por el relator de la Comisión II, Sr. Julio Escudero Guzmán (Chile) después de ser revisadas por la Comisión de Estilo [136].

1. *Proyectos de resolución y enmiendas*

135. En la sesión plenaria del Consejo no fue sometida ninguna nueva proposición o enmienda sustantiva al

[127] Proyecto de resolución de los Estados Unidos. Véase *supra*, párr. 115.

[128] Proyecto de resolución de Panamá. Véase *supra*, párr. 116.

[129] Proyecto de resolución del Grupo de Trabajo. Véase *supra*, párr. 117.

[130] Doc. 50 y Doc. 79. Véanse *supra*, párrs. 115 y 116.

[131] Doc. 109, pág. 2, párrs. 3 y 4. Véase *supra*, párr. 118.

[132] Doc. 102, Véase *supra*, párr. 117.

[133] Doc. 109, pág. 2, párr. 5. Véase *supra*, párr. 119.

[134] *Ibid.*, pág. 3, párrs. 2 a 5. Véase *supra*, párr. 120.

[135] Doc. 102, Véase *supra*, párrs. 117 y 133.

[136] Doc. 117, 5 de septiembre de 1959. Informe del Relator de la Comisión II.

proyecto de resolución aprobado por la Comisión II. Unicamente hubo una enmienda oral del representante de los Estados Unidos tendiente a mejorar la redacción del inciso 6 del artículo 2 del proyecto de la Comisión sustituyendo la expresión « ... de todo cuanto pueda demostrar la contribución... » por « ... que demuestre »[137].

2. *Debate*

136 En la sesión plenaria no se abrió de nuevo el debate sobre el proyecto de resolución de la Comisión II[138]. Intervinieron solamente los representantes de los Estados Unidos y México con sendas declaraciones explicativas que no dieron lugar a controversia.

137 El representante de los Estados Unidos declaró que los incisos *b* y *c* del artículo 2 del proyecto de resolución aprobado por la Comisión II debían ser considerados por el Comité Jurídico como una sola unidad. El Comité debe hacer un estudio objetivo, basado en fuentes autorizadas y del que no se excluya la contribución de todas las naciones del continente americano. El Comité no debe pasar por alto la contribución hecha por los Estados Unidos al desarrollo y codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado.

138 El representante de México declaró que no hubiera tenido inconveniente en que se ligaran los incisos *b* y *c* del artículo 2 del proyecto de resolución aprobado por la Comisión II como ha sido expuesto por el representante de los Estados Unidos. El informe del Comité Jurídico no había pretendido pasar por alto la contribución de los Estados Unidos sino que se había limitado a enumerar los principios que en materia de responsabilidad del Estado parecían aceptados por la mayoría de los países americanos, añadiendo el calificativo de latinoamericanos para que quedara claro que los Estados Unidos no habían compartido todos los principios que se enunciaban. El representante de México terminó apoyando el proyecto de resolución de la Comisión II por aclarar al Comité Jurídico la tarea encomendada que es precisamente lo que este último deseaba.

3. *Voto (resolución XII)*

139 El Consejo Interamericano de Jurisconsultos aprobó en su tercera sesión plenaria, el 8 de septiembre de 1959, el proyecto presentado por la Comisión II[139] que se convirtió en la resolución XII de su Cuarta Reunión[140] después de aprobar sin objeciones el cambio de redacción del inciso 6, artículo 2 propuesto por el representante de los Estados Unidos[141]. El proyecto de la Comisión II (Doc. 102) fue aprobado por 18 votos a favor, ninguna abstención y ninguno en contra. Dos delegaciones estuvieron ausentes en el momento de votar[142].

140. El texto de la resolución aprobada dice lo siguiente :

« El Consejo Interamericano de Jurisconsultos,

« CONSIDERANDO :

« Que por resolución CIV, la Décima Conferencia Interamericana, celebrada en Caracas en 1954, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos y al Comité Jurídico Interamericano, la preparación de un estudio o informe sobre la contribución que ha hecho el continente americano al desarrollo y a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado;

« Que la mencionada resolución fue adoptada con miras a la petición hecha por la Asamblea General de las Naciones Unidas a su Comisión de Derecho Internacional de que procediera a la codificación de los principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado;

« Que de acuerdo con la resolución mencionada, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en su tercera reunión, celebrada en la ciudad de México en 1956, solicitó del Comité Jurídico Interamericano (resolución VI) que concluyera cuanto antes este estudio o informe, declarando que era conveniente que se reunieran los antecedentes necesarios para tal propósito;

« Que el Consejo Interamericano de Jurisconsultos ha recibido un documento del Comité Jurídico Interamericano, titulado « Contribución del continente americano a los principios del Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado » (CIJ-39), donde se piden instrucciones adicionales al objeto de continuar el estudio o informe a que se refiere esta resolución;

« RESUELVE :

« 1. Solicitar del Comité Jurídico Interamericano que prosiga el estudio o informe encomendado por la resolución CIV de la Décima Conferencia Interamericana y posteriormente por la resolución VI de la tercera reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.

« 2. Instruir al Comité Jurídico para que, al efecto del párrafo anterior, continúe su labor sobre las siguientes bases :

« *a*) El Departemento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana enviará al Comité Jurídico antecedentes adicionales sobre este tema;

« *b*) El Comité Jurídico hará una exposición objetiva y documentada que demuestre la contribución del continente americano, usando todas las fuentes apropiadas;

« *c*) El Comité Jurídico señalará al propio tiempo las discrepancias que puedan existir entre las diversas repúblicas americanas en la materia a que se refiere la presente resolución.

« 3. Encarecer al Comité que en su período ordinario de sesiones de 1960, lleve a cabo el estudio o informe y lo presente a la consideración del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su Quinta Reunión. »

---

[137] Doc. 151, 9 de septiembre de 1959, pág. 19, párr. 4.

[138] Acta de la Tercera Sesión Plenaria, Doc. 151, 9 de septiembre de 1959, págs. 19 a 21.

[139] Proyecto de la Comisión II. Véase *supra*, párrs. 117 y 133.

[140] *Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto-9 de septiembre de 1959, (CIJ-43), Unión Panamericana, Washington, D.C., págs. 36 y 37.

[141] Doc. 151, pág. 19, párr. 5. Véase *supra*, párr. 135.

[142] Doc. 151, pág. 21, párr. 4.

Capítulo III. Las relaciones entre el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y la Comisión de Derecho Internacional en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos

141. Comenzaremos por el discurso pronunciado por el Secretario de la Comisión de Derecho Internacional y estudiaremos a continuación la consideración dada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos al tema de la colaboración con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas [143].

I. Discurso del Secretario de la Comisión de Derecho Internacional en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos [144]

142. Como hemos indicado en la introducción, el Secretario de la Comisión de Derecho Internacional asistió como observador a la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y pronunció un discurso en la primera sesión plenaria celebrada el 25 de agosto de 1959 [145].

143. El Secretario de la Comisión de Derecho Internacional, después de indicar que su presencia en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos respondía a lo que venía siendo, desde hace unos años, una continuidad de criterio de ambos organismos, señaló al Consejo los principales acontecimientos relativos a la Comisión de Derecho Internacional y a su labor desde 1956.

144. Destacó la antigüedad de los esfuerzos codificadores realizados en América que han encontrado su última manifestación en la Carta de Bogotá y en el Estatuto de la Organización de los Estados Americanos con la institucionalización de órganos encargados específicamente de esa tarea. El valor e importancia de la labor de estos órganos han sido reconocidos por la propia Asamblea General de las Naciones Unidas al aprobar el Estatuto de su Comisión de Derecho Internacional [resolución 174 (II) de la Asamblea General].

145. Al referirse a las similitudes y diferencias entre el Consejo Interamericano y la Comisión de Derecho Internacional, hizo destacar que el diferente alcance normativo de los trabajos de uno y otro órgano, consecuencia de sus respectivos caracteres universal y regional, no debe hacer olvidar la similitud fundamental de objetivos basada en la identidad de la rama del derecho que se proponen desarrollar y codificar.

146. Pasó luego a indicar la consideración dada por la Comisión de Derecho Internacional a las reservas y a la responsabilidad internacional del Estado y terminó afirmando que la colaboración iniciada entre el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y la Comisión de Derecho Internacional debe continuar desarrollándose y afianzándose con objeto de facilitar el alcance de los objetivos comunes, es decir, impulsar y promover el desarrollo y la codificación del Derecho Internacional.

II. El tema de la colaboración con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos

147. El tema de la « Colaboración con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas » fue inscrito en el programa de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y correspondió a la Comisión III como hemos indicado en el capítulo I [146].

A. Consideracion de la cuestion en la comision III

148. La Comisión III trató este tema en sus sesiones 2a., 3a., y 4a. del 31 de agosto y 2 y 4 de septiembre respectivamente.

1. *Proyectos de resolución y enmiendas*

149. i) Proyecto de resolución presentado por las delegaciones de Argentina y Colombia a la Comisión III [147]. La parte dispositiva del proyecto decía lo siguiente :

« Acuerda :

« Expresar que es deseable, además de continuar la vinculación existente, establecida por intermedio del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, que el Comité Jurídico Interamericano, Comisión Permanente del Consejo, designe un observador para asistir a las sesiones de la Comisión de Derecho Internacional. »

150. ii) Proyecto de resolución presentado por el Grupo de Trabajo (Argentina, Colombia y Estados Unidos) a la Comisión III [148]. El texto dispositivo del proyecto decía :

« Resuelve :

« Solicitar del Consejo de la Organización de los Estados Americanos que estudie la forma en que los organismos jurídicos de la Organización puedan hacerse presentes, mediante un observador, en las reuniones de la Comisión de Derecho Internacional en que se traten asuntos de interés común, incluyendo la posibilidad de que el Comité Jurídico Interamericano designe, de entre sus miembros, un observador para asistir a dichas reuniones, afin de que pueda informar sobre las mismas y facilitar de esta manera los trabajos del Comité. »

2. *Debate* [149]

151. La Comisión comenzó considerando el proyecto de resolución presentado por la Argentina y Colombia en el que se expresaba que era deseable, además de continuar la vinculación existente establecida por el Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana, que el Comité Jurídico designara un observador

[143] La numeración de los documentos citados en este capítulo corresponde a la nomenclatura de los documentos oficiales en español de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Santiago de Chile, 14 de agosto-9 de septiembre de 1959.

[144] Doc. 22, 25 de agosto de 1959.

[145] Acta de la Primera Sesión Plenaria, Doc. 31, 26 de agosto de 1959, pág. 9.

[146] Véase párr. 22.

[147] Doc. 42, 27 de agosto de 1959.

[148] Doc. 98, 3 de septiembre de 1959.

[149] Actas resumidas de las sesiones segunda, tercera y cuarta de la Comisión III, Doc. 73 (31 de agosto de 1959), Doc. 92 (2 de septiembre de 1959) y Doc. 110 (4 de septiembre de 1959).

para asistir a las sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

152. El representante de los Estados Unidos, después de manifestar que era partidario de limitar la designación de observadores a aquellas reuniones que fueran de interés común para las partes, agregó que el cargo de observador debía ser desempeñado por un funcionario del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos que podría representar al mismo tiempo al Comité Jurídico Interamericano.

153. El representante de Colombia en apoyo del proyecto de resolución [150] señaló que sería de mayor utilidad el envío de un observador del Comité Jurídico a la Comisión de Derecho Internacional, que la situación actual en que esta función era realizada por un miembro del Departamento Jurídico de la Unión Panamericana. Se facilitaría así el conocimiento por el Comité de los documentos e informes de la Comisión de Derecho Internacional en el momento adecuado para que puedan ser útilmente consultados. Por otra parte el propio Comité correría con los gastos que se ocasionaran. La utilidad de un contacto directo entre el Departamento Jurídico de la Unión Panamericana con la Comisión de Derecho Internacional no excluía las ventajas de un contracto directo entre el Comité y la Comisión.

154. A propuesta del representante de los Estados Unidos el Presidente nombró un Grupo de Trabajo, compuesto de los representantes de Argentina, Colombia y Estados Unidos que elaboró un nuevo proyecto de resolución sobre el que finalmente se pronunció la Comisión.

3. *Voto*

155. El proyecto de resolución de Argentina y Colombia [151] no fue sometido a votación.

156. La Comisión aprobó por unanimidad en su cuarta sesión el proyecto de resolución del Grupo de Trabajo [152].

B. CONSIDERACIÓN DEL PROYECTO DE LA COMISIÓN III EN EL PLENO DEL CONSEJO Y RESOLUCIÓN ADOPTADA [153]

157. Las deliberaciones de la Comisión III sobre el tema de la colaboración con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y el proyecto de resolución aprobado por dicha Comisión, y revisado por la Comisión de Estilo, fueron sometidos al pleno del Consejo por el Relator de la Comisión III, Sr. Robert J. Redington (Estados Unidos) [154].

158. El Consejo aprobó sin debate en su tercera sesión plenaria, el 8 de septiembre de 1959 [155], el proyecto presentado por la Comisión III que se convirtió en la resolución XVI [156] de su Cuarta Reunión.

159. En virtud de esta resolución :

« El Consejo Interamericano de Jurisconsultos,

« CONSIDERANDO :

« Que la Carta de la Organización de los Estados Americanos dispone que los órganos del Consejo de la Organización, de acuerdo con éste, establecerán relaciones de cooperación con los órganos correspondientes de las Naciones Unidas;

« Que en su Primera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos encomendó a su Secretario Ejecutivo establecer y mantener relaciones de cooperación con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en consulta con la Comisión Permanente y el Consejo de la Organización de los Estados Americanos;

« Que a la Tercera Reunión del Consejo asistió el Secretario de la Comisión de Derecho Internacional, con el objeto de establecer un conocimiento directo entre ambos organismos;

« Que por resolución en la Tercera Reunión, el Consejo expresó que " sería deseable, en su concepto, que la Organización de los Estados Americanos estudiara la posibilidad de que sus organismos jurídicos se hagan presentes, mediante observadores, en las sesiones de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ";

« Que el Subdirector del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana compareció como observador a una parte de la Octava Sesión de la Comisión de Derecho Internacional;

« Que a la actual Reunión del Consejo ha comparecido como observador el Secretario de la Comisión de Derecho Internacional, cuya presencia se ha considerado útil y ha causado viva satisfacción;

« Que en su Primera Reunión el Consejo determinó que en todo arreglo que se concierte con la Comisión de Derecho Internacional debe incluirse a su Comisión Permanente;

« Que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en algunas de sus reuniones estudia asuntos que a su vez figuran en el programa de las labores del Comité Jurídico Interamericano; y

« Que la presencia de un observador del Comité en aquellas reuniones sería conveniente con el fin de obtener una información directa sobre las deliberaciones respectivas;

« RESUELVE :

« Solicitar del Consejo de la Organización de los Estados Americanos que estudie la forma en que los organismos jurídicos de dicha Organización puedan hacerse presentes, mediante un observador, en las reuniones de la Comisión de Derecho Internacional en que se traten asuntos de interés común, incluyendo la posibilidad de que el Comité Jurídico Interamericano designe, de entre sus miembros, un observador para asistir a dichas reuniones, a fin de que pueda informar sobre las mismas y facilitar de esta manera los trabajos del Comité. »

---

[150] Doc. 42. Véase *supra*, párr. 149.

[151] *Ibid.*

[152] Doc. 98. Actas resumidas de la cuarta sesión de la Comisión III, Doc. 110, 4 de septiembre de 1959, pág. 2, párr. 2. Véase páginas precedentes, párr. 150.

[153] *Ibid.* Véase *supra*, párrs. 150 y 156.

[154] Doc. 124, 7 de septiembre de 1959. Informe del Relator de la Comisión III.

[155] Acta de la Tercera Sesión Plenaria, Doc. 151, 9 de septiembre de 1959, pág. 23, párr. 1.

[156] *Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Santiago de Chile, 24 de agosto-9 de septiembre de 1959 (CIJ-43), Unión Panamericana, Wáshington, D.C., págs. 46 y 47.

INFORME DE LA COMISION A LA ASAMBLEA GENERAL

DOCUMENTO A/4425 *

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su duodécimo período de sesiones, 25 de abril al 1.º de julio de 1960

INDICE

		Párrafos	*Páginas*
I.	ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES	1 a 7	143
	I. Composición de la Comisión y participación en el período de sesiones	2 y 3	143
	II. Mesa	4 y 5	144
	III. Programa	6 y 7	144
II.	RELACIONES E INMUNIDADES CONSULARES	8 a 28	144
	I. Introducción	8 a 18	144
	II. Consideraciones generales	19 a 28	145
	III. Texto del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares, y comentario		146
III.	DIPLOMACIA « AD HOC »	29 a 38	181
	I. Observaciones generales	29 a 38	181
	II. Proyecto de artículos 1 a 3 relativos a las misiones especiales, y comentario		182
IV.	OTRAS DECISIONES DE LA COMISIÓN	39 a 47	182
	I. Codificación de los principios y normas de derecho internacional relativos al derecho de asilo	39	182
	II. Estudio del régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas	40	183
	III. Preparación del plan de trabajo de la Comisión	41	183
	IV. Colaboración con otros organismos	42 a 45	183
	V. Fecha y lugar del próximo período de sesiones	46	183
	VI. Representación en el decimoquinto período de sesiones de la Asamblea General	47	183

* Publicado también en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimocuarto período de sesiones, Suplemento N.º 9.*

CAPITULO I

ORGANIZACION DEL PERIODO DE SESIONES

1. La Comisión de Derecho Internacional, creada en cumplimiento de la resolución 174 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947, y en conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, unido como anexo a dicha resolución, y reformado posteriormente, celebró su duodécimo período de sesiones en la Oficina Europea de las Naciones Unidas (Ginebra) del 25 de abril al 1.º de julio de 1960. En el presente informe se expone la labor realizada por la Comisión durante este período de sesiones. En el capítulo II del informe figura el proyecto de artículos provisionales sobre las relaciones e inmunidades consulares, acompañado de un comentario. En el capítulo III figura el proyecto de artículos sobre misiones especiales y un comentario. El capítulo IV se refiere a algunas cuestiones administrativas y de otra índole.

I. Composición de la Comisión y participación en el período de sesiones

2. La Comisión se compone de las siguientes personas :

Nombre	*Nacionalidad*
Sr. Roberto Ago	Italia
Sr. Gilberto Amado	Brasil
Sr. Milan Bartos	Yugoeslavia
Sr. Douglas L. Edmonds	Estados Unidos de América
Sr. Nihat Erim	Turquía
Sir Gerald Fitzmaurice	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
Sr. J. P. A. François	Países Bajos
Sr. F. V. García Amador	Cuba
Sr. Shuhsi Hsu	China

Sr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay
Sr. Faris El Khouri	República Arabe Unida
Sr. Ahmed Matine-Daftary	Irán
Sr. Luis Padilla Nervo	México
Sr. Radhabinod Pal	India
Sr. A. E. F. Sandström	Suecia
Sr. Georges Scelle	Francia
Sr. Grigory I. Tunkin	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
Sr. Alfred Verdross	Austria
Sr. Mustafa Kamil Yasseen	Irak
Sr. Kisaburo Yokota	Japón
Sr. Jaroslav Zourek	Checoeslovaquia

3. El 16 de mayo de 1960, la Comisión eligió al Sr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Uruguay) para cubrir la vacante accidental causada por la elección del Sr. Ricardo J. Alfaro como magistrado de la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, la Comisión eligió al Sr. Mustafa Kamil Yasseen (Irak) para cubrir la vacante accidental causada por la dimisión del Sr. Thanat Khoman. El Sr. Yasseen asistió a las sesiones de la Comisión desde el 23 de mayo y el Sr. Jiménez de Aréchaga, desdel el 1.º de junio.

II. Mesa

4. En su 526a. sesión, celebrada el 25 de abril de 1960, la Comisión eligió a las siguientes personas para constituir la Mesa :

Presidente : Sr. Luis Padilla Nervo;
Primer Vicepresidente : Sr. Kisaburo Yokota;
Segundo Vicepresidente : Sr. Milan Bartos;
Relator : Sir Gerald Fitzmaurice.

5. El Sr. Yuen-li Liang, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, representó al Secretario General y actuó como secretario de la Comisión.

III. Programa

6. La Comisión aprobó para su 12.º período de sesiones un programa que comprendía los temas siguientes :

1. Provisión de vacantes ocurridas después de la elección (artículo 11 del Estatuto).
2. Relaciones e inmunidades consulares.
3. Responsabilidad de los Estados.
4. Derecho de los tratados.
5. Diplomacia *ad hoc*.
6. Resolución 1400 (XIV) de la Asamblea General sobre la codificación de los principios y normas de derecho internacional relativos al derecho de asilo.
7. Resolución 1453 (XIV) de la Asamblea General sobre el estudio del régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas.
8. Colaboración con otros organismos.
9. Fecha y lugar del 13.º período de sesiones.
10. Preparación del plan de trabajo de la Comisión.
11. Otros asuntos.

7. Durante este período de sesiones, la Comisión celebró 54 sesiones y examinó todos los temas del programa salvo el tema 4 (derecho de los tratados). En su 566a. y su 568a. sesiones, la Comisión estudió el tema (responsabilidad del Estado) y, en esas sesiones, oyó las exposiciones del Sr. Antonio Gómez Robledo, observador del Comité Jurídico Interamericano, y del profesor Luis B. Sohn, que habló de los trabajos emprendidos sobre esta cuestión como parte del programa de estudios juírdicos internacionales de la Facultad de Derecho de Harvard. En el capítulo IV figuran las decisiones tomadas respecto de los temas 6, 7, 8, 9 y 10.

CAPITULO II

RELACIONES E INMUNIDADES CONSULARES

I. Introducción

8. En su primer período de sesiones, celebrado en 1949, la Comisión de Derecho Internacional preparó una lista provisional de 14 materias cuya codificación consideraba necesaria y conveniente. En esta lista figuraba el tema titulado : « Relaciones e inmunidades consulares »; sin embargo, la Comisión no lo incluyó entre los temas a que había decidio dar prelación [1].

9. En su séptimo período de sesiones, celebrado en 1955 la Comisión decidió empezar el estudio de esta materia y designó como relator especial al Sr. Jaroslav Zourek [2].

10. El Relator Especial, en su deseo de conocer las opiniones de los miembros de la Comisión sobre ciertos puntos, les dirigió en el otoño de 1955 un cuestionario referente a esta materia.

11. El tema titulado « Relaciones e inmunidades consulares » fue incluido en el programa del octavo período de sesiones de la Comisión, y ésta dedicó dos sesiones a un breve debate de ciertos puntos indicados por el Relator Especial en una nota presentada por escrito a la Comisión. Se pidió al Relator Especial que prosiguiese su labor teniendo en cuenta el debate [3].

12. Esta cuestión volvió a figurar en el programa del noveno período de sesiones de la Comisión. El Relator Especial presentó un informe (A/CN.4/108), pero, debido al estudio de otras cuestiones, la Comisión no pudo examinarlo [4].

13. La Comisión inició el examen de este informe en los últimos días de su décimo período de sesiones, celebrado en 1958. Después de la exposición preliminar hecha por el Relator Especial y de un debate general del tema y del primer artículo, la Comisión decidió, por falta de tiempo, aplazar la continuación del examen de este tema hasta el undécimo período de sesiones [5].

14. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió que el proyecto relativo a las relaciones e inmu-

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10* (A/925), párrs. 16 y 20.

[2] *Ibid., décimo período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/2934), párr. 34.

[3] *Ibid., undécimo período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/3159), párr. 36.

[4] *Ibid., duodécimo período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/3623), párr. 20.

[5] *Ibid., decimotercer período de sesiones, Suplemento N.º 9* (A/3859), párr. 56.

nidades consulares sería el primer tema del programa de su undécimo período de sesiones (1959), con el fin de terminar en este período de sesiones, y de ser posible en las primeras cinco semanas, la preparación de un anteproyecto que sería presentado a los gobiernos para que dieran a conocer sus observaciones[6]. Decidió también que, si lograba terminar en el undécimo período de sesiones un anteproyecto de relaciones e inmunidades consulares, para enviarlo a los gobiernos a fin de que formularan observaciones, esperaría a su decimotercer período de sesiones (1961) para ocuparse de nuevo en esta cuestión con objeto de preparar el proyecto definitivo, vistas esas observaciones, y que dedicaría su duodécimo período de sesiones (1960) al examen de otras cuestiones.

15. La Comisión decidió asimismo, debido a la analogía de esta cuestión con la de las relaciones e inmunidades diplomáticas, en que se había ocupado durante dos períodos de sesiones anteriores, organizar sus trabajos sobre este tema siguiendo un procedimiento rápido. Por último, decidió pedir a sus miembros que quisieran proponer enmiendas al texto presentado por el Relator Especial, que hicieran lo necesario para presentar el texto escrito de las principales enmiendas dentro de la semana o, a lo sumo, de los diez días siguientes a la apertura del período de sesiones[7].

16. Como el Relator Especial de este tema, Sr. Jaroslav Zourek, no pudo asistir a las sesiones de la Comisión durante las primeras semana del undécimo período de sesiones por actuar como magistrado *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia, la Comisión sólo pudo iniciar el estudio del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares a principios de la quinta semana una vez llegado el Relator Especial a Ginebra. En las sesiones 496a. a 499a., 505a. a 511a., 513a., 514a., 516a. a 518a. y 523a. a 525a. la Comisión estudió los artículos 1 a 17 del proyecto y tres artículos adicionales presentados por el Relator Especial. Decidió que en su período de sesiones de 1960, daría máxima prelación a la cuestión de las relaciones e inmunidades consulares con objeto de terminar el anteproyecto sobre esta cuestión y presentarlo a los gobiernos para que formularan observaciones.

17. En el presente período de sesiones, el Relator Especial presentó su segundo informe sobre las relaciones e inmunidades consulares (A/CN.4/131) en el que trata de la inviolabilidad personal de los consules, del uso de la cláusula de nación más favorecida en materia de relaciones e inmunidades consulares y en el que incluye trece artículos adicionales. Además, para la mayor comodidad de los miembros de la Comisión y a fin de facilitar su trabajo, preparó un documento en el que figuran los artículos ya aprobados en el 11.º período de sesiones, una versión parcialmente revisada de los artículos incluidos en su primer informe y los artículos adicionales presentados en el presente período de sesiones (A/CN.4/L.86).

18. En el presente período de sesiones, la Comisión estudió este tema en las sesiones 528a. a 543a., 545a. a 564a., 570a. a 576a., 578a. y 579a., tomando como base los dos informes del Relator Especial y el proyecto de sesenta artículos que presentó a la Comisión. Dadas las decisiones de la Comisión acerca de la medida en que los artículos referentes a los cónsules de carrera son aplicables a los cónsules honorarios, hubo que redactar de modo más detallado las disposiciones del capítulo relativo a los cónsules honorarios y agregar en consecuencia algunos artículos nuevos. La Comisión aprobó de modo provisional 65 artículos, acompañados de comentarios. De conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto la Comisión decidió transmitir el proyecto a los gobiernos, por conducto del Secretario General, a fin de que éstos le den a conocer sus observaciones.

II. Consideraciones generales

19. La cuestión de las relaciones e inmunidades consulares se rige, por una parte, por el derecho interno de los Estados y, por la otra, por el derecho internacional. Muy a menudo la legislación interna trata cuestiones que se rigen por el derecho internacional. Por lo demás, las convenciones consulares reglamentan a veces cuestiones que son objeto del derecho interno, por ejemplo, la forma de la carta patente. Cuando se prepara un proyecto de codificación sobre las relaciones e inmunidades consulares hay que tener en cuenta, como lo ha señalado el Relator Especial[8], la distinción que existe entre los aspectos de la situación de los cónsules que se rigen principalmente por el derecho interno de los Estados y aquellos que son objeto del derecho internacional.

20. La codificación del derecho internacional relativo a las relaciones e inmunidades consulares plantea otro problema especial debido a que esta materia está regida en parte por el derecho internacional consuetudinario y en parte por innumerables convenciones internacionales que, actualmente, son la fuente principal del derecho consular. Si se quisiera codificar únicamente el derecho internacional consuetudinario, el proyecto quedaría necesariamente incompleto y ofrecería una escasa utilidad práctica. A ello se debe que la Comisión, siguiendo la propuesta del Relator Especial, haya aceptado fundar el proyecto de artículos que ahora prepara, no sólo en el derecho internacional consuetudinario sino, también, en los datos que proporcionan las convenciones internacionales, y sobre, todo, las convenciones consulares.

21. Si bien es cierto que las convenciones internacionales establecen un régimen jurídico que sólo es válido para las partes contratantes y se funda en la reciprocidad, tampoco se debe olvidar que este régimen se generaliza tanto al concertarse convenciones análogas en donde vuelven a figurar disposiciones idénticas o similares, como debido a los efectos de la cláusula de nación más favorecida. El análisis de estas convenciones hecho por el Relator Especial ha permitido determinar las normas que los Estados aplican más corrientemente y que, de ser codificadas, pueden obtener la adhesión de muchos Estados.

22. Si las dos fuentes mencionadas, las convenciones y el derecho consuetudinario, no permiten resolver todos los puntos controvertibles o poco claros, o si dejan lagunas, deberá recurrirse a la práctica de los Estados

[6] *Ibid.*, párr. 57.

[7] *Ibid.*, párr. 64.

[8] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1957*, Vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 57.V.5, Vol. II), pág. 87, párr. 80.

que se encuentra en los reglamentos sobre organización del servicio consular o sobre situación de los cónsules extranjeros, pues hay que dar por sentado que esta práctica es conforme a los principios fundamentales del derecho internacional.

23. De lo que antecede se deduce que el trabajo emprendido por la Comisión en esta materia corresponde a la vez a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional, en el sentido que da a estas nociones el párrafo 15 del Estatuto de la Comisión. El proyecto que la Comisión había de elaborar fue definido en su informe por el Relator Especial del modo siguiente :

> « Un proyecto de artículos elaborado con el método indicado comprenderá la codificación del derecho consuetudinario general, de las reglas concordantes que se encuentran en la mayor parte de las convenciones internacionales y, cuando proceda, de las propuestas en que se incluyan en la reglamentación ciertas disposiciones adoptadas por los principales sistemas jurídicos del mundo. » [9]

24. La elección de la forma que debe tener la codificación en materia de relaciones e inmunidades consulares depende del objeto y la naturaleza de la codificación. La Comisión lo tuvo en cuenta cuando, fundándose también en su propia decisión acerca de la forma del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, aceptó la propuesta del Relator Especial de elaborar su proyecto dando por supuesto que éste serviría de base para concertar una convención. La decisión definitiva sobre este punto sólo podrá adoptarse una vez que la Comisión conozca las observaciones de los gobiernos sobre el anteproyecto.

25. Dado su deseo de que concordaran, en cuanto fuese conveniente, el proyecto de artículos provisionales sobre relaciones e inmunidades consulares con el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, aprobado en su 10.º período de sesiones celebrado en 1958, la Comisión decidió completar el proyecto con algunos artículos que no contenía el proyecto del Relator Especial.

26. El proyecto de artículos provisionales sobre relaciones e inmunidades consulares consta de cuatro capítulos: El primero se refiere a las relaciones e inmunidades consulares en general (artículos 1 a 28) y se subdivide en dos secciones que tratan respectivamente de las relaciones consulares en general y de la terminación de las funciones consulares. El segundo, titulado « Privilegios e inmunidades consulares », reúne los artículos que se refieren a los privilegios e inmunidades de los consulados y de los miembros del consulado que son funcionarios o empleados de carrera (artículos 29 a 53) y se subdivide en cuatro secciones relativas a los locales y archivos consulares (sección I); las facilidades concedidas a los consulados para su labor y la libertad de tránsito y de comunicaciones (sección II); los privilegios e inmunidades personales (sección III); y las obligaciones del consulado y de sus miembros para con el Estado de residencia (sección IV). El tercero incluye las disposiciones relativas a la situación jurídica de los cónsules honorarios y a sus privilegios e inmunidades (artículos 54 a 63). Por último, el cuarto capítulo comprende las disposiciones generales (artículos 64 y 65) Más adelante, puede agregarse un quinto capítulo en el que consten las cláusulas finales.

27. Como los artículos se aprobaron en las dos últimas semanas del presente período de sesiones, hubo que limitar los comentarios a los indispensables para la comprensión de los textos. La Comisión se propone presentar comentarios más detallados una vez que se dé al proyecto su forma definitiva en el próximo período de sesiones de 1961, en el que se lo estudiará nuevamente teniendo en cuenta las observaciones de los gobiernos.

28. El texto de los proyectos de artículos 1 a 65 y los comentarios correspondientes que fueron aprobados por la Comisión se reproducen a continuación.

III. Texto del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares, y comentario

CAPÍTULO I

Artículo 1

Definiciones

A los efectos del presente proyecto :

a) **Por « consulado » se entiende toda oficina consular, sea un consulado general, un consulado, un viceconsulado o una agencia consular;**

b) **Por « local consular » se entiende todo inmueble o parte de inmueble utilizado para las necesidades de un consulado;**

c) **Por « circunscripción consular » se entiende el territorio en cuyos límites se ejerce la competencia del consulado en relación al Estado de residencia;**

d) **Por « exequátur » se entiende la autorización definitiva concedida por el Estado de residencia a un cónsul extranjero para ejercer las funciones consulares en el territorio del Estado de residencia, sea cual fuere la forma de esta autorización;**

e) **Por « archivos consulares » se entienden todas las piezas de cancillería y todo mueble destinado a protegerlas o conservarlas;**

f) **Por « cónsul » se entiende, salvo en el artículo 8, toda persona debidamente nombrada por el Estado que envía para ejercer funciones consulares en el Estado de residencia en calidad de cónsul general, cónsul, vicecónsul o agente consular, y admitida al ejercicio de estas funciones en conformidad con los artículos 13 y 14 del presente proyecto. El cónsul puede ser cónsul de carrera o cónsul honorario;**

g) **Por « jefe de oficina consular » se entiende toda persona encargada por el Estado que envía de dirigir un consulado;**

h) **Por « miembros del consulado » se entienden el jefe de la oficina consular y los miembros del personal consular;**

i) **Por « funcionario consular » se entiende toda persona, incluido el jefe de oficina consular, que ejerce funciones consulares en el Estado de residencia independientemente de las misiones diplomáticas;**

[9] *Ibid.*, párr. 84.

i) **Por « empleado del consulado » se entiende toda persona que desempeña una actividad administrativa, técnica o de servicio en un consulado;**

k) **Por « miembros del personal consular » se entienden los funcionarios consulares (salvo el jefe de oficina) y los empleados del consulado;**

l) **Por « personal privado » se entiende toda persona empleada en el servicio particular de los miembros del consulado.**

Comentario

Este artículo fue aprobado a fin de que en los artículos elaborados por la Comisión se utilice una terminología uniforme. Algunos de los miembros de la Comisión expresaron sus dudas acerca de algunas de las definiciones y, sobre todo, acerca de la oportunidad de utilizar el vocablo « cónsul » en el sentido genérico, y acerca de la definición de « funcionario consular ».

SECCION I. DE LAS RELACIONES CONSULARES EN GENERAL

Artículo 2

Establecimiento de relaciones consulares

El establecimiento de relaciones consulares se efectúa por mutuo acuerdo de los Estados interesados.

Comentario

1) Por « relaciones consulares » debe entenderse las que se establecen entre dos Estados por el hecho de que autoridades de un Estado ejerzan funciones consulares en el territorio del otro. En la mayoría de los casos estas relaciones son recíprocas, pues en cada uno de los Estados interesados son las autoridades del otro Estado las que ejercen las funciones consulares. El establecimiento de dichas relaciones presupone un acuerdo entre los Estados interesados y estas relaciones se rigen por el derecho internacional convencional y consuetudinario. Además, la condición jurídica de los cónsules se rige por el derecho internacional y, también de este hecho, nacen las relaciones de derecho entre el Estado que envía y el Estado de residencia. En fin, esta expresión está consagrada por un largo uso. Por ello, la Comisión la ha conservado a pesar de que algunos de sus miembros hubieran preferido otra.

2) Las relaciones consulares pueden establecerse entre Estados que no mantienen relaciones diplomáticas.

3) Cuando existen relaciones diplomáticas entre los Estados, sus misiones diplomáticas se encargan asimismo del ejercicio de ciertas funciones consulares y organizan, en la mayoría de los casos, una sección consular con dicho fin. Basándose en esto, el Relator Especial propuso un segundo párrafo para el artículo 1, cuyo texto es:

« 2. El establecimiento de relaciones diplomáticas supone el establecimiento de relaciones consulares. »

Después de examinar esta disposición, la Comisión reservó su decisión.

4) Ningún Estado está obligado a establecer relaciones consulares con un Estado determinado, salvo cuando se haya comprometido a ello por un acuerdo internacional anterior. No obstante, la interdependencia de las naciones y la conveniencia de fomentar relaciones de amistad entre ellas, que es uno de los propósitos de las Naciones Unidas, hace deseable el establecimiento de relaciones consulares.

Artículo 3

Establecimiento de consulados

1. No se puede establecer ningún consulado en el territorio del Estado de residencia sin su consentimiento.

2. La sede del consulado y la circunscripción consular se fijan por acuerdo entre el Estado de residencia y el Estado que envía.

3. El Estado que envía no podrá modificar posteriormente la sede del consulado ni la circunscripción consular sin el consentimiento del Estado de residencia.

4. Salvo acuerdo en contrario, un cónsul no puede ejercer sus funciones fuera de su circunscripción sin el consentimiento del Estado de residencia.

5. También es necesario el consentimiento del Estado de residencia si el cónsul debe ejercer al mismo tiempo funciones consulares en otro Estado.

Comentario

1) El párrafo 1 de este artículo establece como norma que el consentimiento del Estado de residencia es indispensable para la creación de todo consulado (consulado general, consulado, viceconsulado o agencia consular) en su territorio. Esta norma se deduce del poder soberano que todo Estado ejerce sobre su territorio y se aplica tanto al caso en que el consulado se crea en el momento en que se establecen las relaciones consulares como al caso en que el consulado se crea más tarde. En el primer caso, el consentimiento del Estado de residencia al establecimiento de un consulado por lo general se da en el acuerdo relativo al establecimiento de relaciones consulares, pero también puede suceder que este acuerdo se limite al establecimiento de relaciones consulares, reservando el establecimiento de consulados para un acuerdo ulterior.

2) El acuerdo sobre el establecimiento de un consulado supone que los dos Estados interesados convienen en la delimitación de la circunscripción consular y en la sede del consulado. En la práctica, suele suceder que los dos Estados interesados se ponen antes de acuerdo sobre la sede del consulado que sobre la delimitación de la circunscripción consular.

3) También se necesita el consentimiento del Estado de residencia si el consulado desea abrir un viceconsulado, una agencia o una oficina en ciudades diferentes de aquella donde radica el propio consulado.

4) Como el acuerdo relativo al establecimiento de un consulado constituye en sentido general un tratado internacional, se aplican también a él las reglas de derecho internacional relativas a la modificación y la extinción de los tratados. Por esta razón, la Comisión no estimó necesario tratar en el texto del artículo las condiciones en que puede modificarse el acuerdo relativo al estable-

cimiento de un consulado. Se ha contentado con indicar simplemente en el párrafo 3, para salvaguardia de los intereses del Estado de residencia, que el Estado que envía no puede modificar la sede del consulado ni su circunscripción sin el consentimiento del Estado de residencia. El silencio que guarda el artículo sobre los poderes del Estado de residencia, no debe interpretarse en el sentido de que este último siempre tiene el derecho de modificar de manera unilateral la circunscripción consular o la sede del consulado. Sin embargo, la Comisión ha admitido que, en circunstancias excepcionales, el Estado de residencia tiene derecho a pedir al Estado que envía el cambio de la sede del consulado o la modificación de la circunscripción consular. Si este último se niega a dar su consentimiento, el Estado de residencia puede denunciar el acuerdo sobre el establecimiento de consulados y ordenar su clausura.

5) Como los poderes del cónsul con respecto al Estado de residencia están limitados a la circunscripción consular, el cónsul no puede ejercer sus funciones fuera de su circunscripción sin el consentimiento del Estado de residencia. Sin embargo, esta regla puede tener excepciones. Ciertos artículos del proyecto reglamentan las situaciones en que el cónsul puede verse obligado a ejercer ciertas actividades fuera de su circunscripción consular. Este es en especial el caso del artículo 18, que prevé el cumplimiento ocasional de actos diplomáticos por un cónsul, y del artículo 19, que regula el ejercicio de funciones diplomáticas por un cónsul. Ambas situaciones están previstas en el párrafo 4 con la expresión « salvo acuerdo en contrario ».

6) El párrafo 5 prevé el caso en que la circunscripción de un consulado establecido en el Estado de residencia englobe la totalidad o parte del territorio de un tercer Estado, y también el caso en que el cónsul deba asumir la función de jefe de un consulado establecido en un tercer Estado. En el artículo 5 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas figura una regla análoga relativa al jefe de misión que se acredita cerca de varios Estados.

7) La expresión « Estado que envía » designa al Estado al que pertenece el consulado.

8) La expresión « Estado de residencia » designa al Estado en cuyo territorio se ejercen las actividades del consulado. En el caso excepcional de que la circunscripción consular comprenda la totalidad o parte del territorio de un tercer Estado, también este Estado debe considerarse, a los fines de los presentes artículos, como Estado de residencia.

Artículo 4

Funciones consulares

1. Los cónsules tienen por misión ejercer, en su circunscripción, las funciones indicadas en los presentes artículos y en los acuerdos en vigor aplicables en la materia y las demás funciones que les sean confiadas por el Estado que envía y que puedan ejercerse sin perjuicio de la legislación del Estado de residencia. Las funciones que normalmente ejercen los cónsules son las siguientes :

a) **Proteger los intereses de los nacionales del Estado que envía, y los intereses de este Estado;**

b) **Prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía;**

c) **Actuar en calidad de notario y de funcionario de registro civil y ejercer otras funciones administrativas;**

d) **Prestar la ayuda necesaria a los buques y barcos que naveguen con bandera del Estado que envía y a los aviones matriculados en dicho Estado;**

e) **Fomentar el comercio y velar por el desarrollo de las relaciones económicas y culturales entre el Estado que envía y el Estado de residencia;**

f) **Informarse de los aspectos de la vida económica, comercial y cultural de su circunscripción, ponerlos en conocimiento del gobierno del Estado que envía y proporcionar información a los interesados.**

2. En el ejercicio de sus atribuciones, y salvo las excepciones especialmente señaladas en los presentes artículos o en los acuerdos en vigor aplicables en la materia, los cónsules sólo pueden dirigirse a las autoridades locales.

Comentario

1) El Relator Especial había preparado dos variantes : la primera, que seguía ciertos precedentes y, sobre todo, el de la Convención de La Habana (artículo 10), remitía pura y simplemente al derecho del Estado que envía, pues estipulaba que las atribuciones y los poderes de los cónsules seran determinados, con arreglo al derecho internacional, por los Estados que los nombren[10]. La segunda variante, después de exponer las funciones esenciales del cónsul en una cláusula general, enumeraba la mayoría de las funciones del cónsul, pero no todas ellas.

2) Durante el debate se manifestaron en la Comisión dos tendencias. Algunos de sus miembros expresaron su preferencia por una definición general del tipo adoptado por la Comisión para los agentes diplomáticos en el artículo 2 de su proyecto sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. Señalaron que una enumeración excesivamente detallada tiene inconvenientes y que una definición general sería más aceptable para los gobiernos. En cambio, otros miembros se pronunciaron en favor de la segunda variante del Relator Especial, que incluía una enumeración bastante detallada a base de ejemplos, pero pidieron que esta enumeración se abreviara, a fin de que aparecieran en ella únicamente las características de las diversas funciones que en el proyecto del Relator Especial llevan los números 1 a 15. Advirtieron que una definición demasiado general, que se limitara a reproducir los títulos de los capítulos, tendría muy poca utilidad práctica. Además, señalaron que las atribuciones de los cónsules son mucho más variadas que las de los agentes diplomáticos y que, por consiguiente, era imposible seguir en este punto el ejemplo del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. Adujeron, en fin, que los gobiernos estarían mucho más dispuestos a aceptar en forma de una convención una definición detallada y precisa que una fórmula general que en la práctica podía motivar toda clase de divergencias. Apoyaron su parecer en que todas las convenciones

[10] *Ibid.*, pág. 99.

consulares recientes definen de un modo bastante detallado las funciones consulares.

3) A fin de poder tomar una decisión a este respecto, la Comisión pidió al Relator Especial que preparara dos textos de definición de las funciones consulares: un texto con una definición general, y otro con una definición detallada y enumerativa. Después de examinar ambos tipos de definición en su conjunto, la Comisión tomó por mayoría algunas decisiones:

a) Rechazó la propuesta de aplazar la decisión sobre este artículo hasta el próximo período de sesiones;

b) Decidió someter los dos tipos de definición a los gobiernos para que formulen observaciones cuando se termine el proyecto;

c) Rechazó incluir las dos definiciones en el texto de los artículos sobre relaciones e inmunidades consulares;

d) Finalmente, decidió incluir la definición general en su proyecto, en la inteligencia de que la definición más detallada aparecería en el comentario.

4) El proyecto de una definición general preparado por el Relator Especial fue remitido, con las enmiendas presentadas por el Sr. Verdross [11], el Sr. Pal [12] y el Sr. Padilla Nervo [13], al Comité de Redacción, el que elaboró, sobre la base de una propuesta revisada que preparó el Relator Especial, una definición [14] que fue objeto de debate y, con ciertas modificaciones, se aprobó en la 523a. sesión de la Comisión.

5) El texto del artículo comienza por enunciar en una cláusula general que las funciones de los cónsules están determinadas:

a) Por los artículos que la Comisión está redactando;

b) Por los acuerdos en vigor aplicables en la materia;

c) Por el Estado que envía y en la medida en que puedan ejercerse esas funciones sin perjuicio de la legislación del Estado de residencia.

6) Algunos miembros formularon objeciones con respecto al empleo de la palabra « proteger » a pesar de que figura en el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, e indicaron su preferencia por el vocablo « defender ».

7) El término « intereses » era insuficiente en opinión de algunos miembros que hubieran preferido la expresión « derechos e intereses »; en todo caso, debe interpretarse el término « intereses » en el sentido de que comprende también los derechos.

8) El término « nacionales » se refiere también a las personas jurídicas que posean la nacionalidad del Estado que envía.

9) La disposición del apartado *a*) se diferencia de la del apartado *b*) en que la primera se refiere a la protección que el cónsul ejerce ante las autoridades del Estado de residencia, en tanto que la segunda trata de las formas de ayuda y asistencia que el cónsul puede prestar a los nacionales de su Estado. Esta asistencia puede tener diversas formas: informaciones, servicios de intérpretes, asistencia en caso de necesidad, repatriación, subsidios financieros, establecimiento de relaciones entre los comerciantes y los sectores comerciales, asistencia a los nacionales que trabajan en el Estado de residencia, etc.

10) El párrafo 2 estipula que, en el ejercicio de sus funciones, los cónsules sólo pueden dirigirse a las autoridades locales. La disposición hace una excepción para aquellos casos en que el presente proyecto o los acuerdos en vigor aplicables en la materia contengan una disposición que permita a los cónsules dirigirse también a las autoridades del gobierno central o a las autoridades de fuera de la circunscripción consular.

11) A continuación se reproduce el texto de la definición más detallada y enumerativa preparada por el Relator Especial, pero no estudiada en detalle por la Comisión, con el comentario agregado luego por el Relator y que tampoco estudió la Comisión:

FUNCIONES CONSULARES

1. *El cónsul tiene por misión defender, en su circunscripción, los derechos e intereses del Estado que envía y de sus nacionales, y prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, así como ejercer otras funciones determinadas por los acuerdos internacionales en vigor aplicables en la materia o confiadas por el Estado que envía y cuyo ejercicio sea compatible con la legislación del Estado de residencia.*

2. *Sin perjuicio de las funciones consulares que se derivan del párrafo anterior, el cónsul podrá ejercer a estos fines las funciones siguientes:*

I. Funciones relativas al comercio y a la navegación

1. *Proteger y fomentar el comercio entre el Estado que envía y el de residencia, y velar por el desarrollo de las relaciones económicas entre los dos Estados;*

Comentario

Esta función siempre ha sido reconocida por el derecho internacional; cuando el Estado que envía está representado por una misión diplomática será ésta la que ejercerá la mayoría de estas funciones.

2. *Prestar toda la ayuda necesaria a los buques y barcos de transporte que naveguen con bandera del Estado que envía;*

Comentario

Esta función consiste especialmente en:

a) Examinar y visar la documentación de a bordo;

b) Recibir las declaraciones sobre el viaje del buque, su destino y los incidentes de la travesía (declaración de arribada);

c) Extender los manifiestos;

d) Interrogar al capitán, a la tripulación y a los nacionales de su país que se encuentren a bordo;

e) Solventar, siempre que les faculte para ello la legislación del Estado de que dependen, los litigios de toda suerte entre el capitán, los oficiales y los marineros y especialmente las disputas relativas a las soldadas y al cumplimiento de los compromisos recíprocos;

f) Facilitar el despacho de buques y barcos;

g) Asistir al personal de a bordo sirviéndole de intérprete y de intermediario en los asuntos en los que tengan que tratar o en las peticiones que tengan que formular, especialmente ante los tribunales y autoridades locales;

h) Asistir (salvo en lo que concierne a los servicios aduaneros, al control de pasaportes y extranjeros y a la admisión a libre plática) a todos los registros verificados a bordo de los buques y barcos mercantes o de recreo;

[11] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1959*, Vol. I (Publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 59.V.1, Vol. I), págs. 165 y 168.

[12] *Ibid.*, pág. 166.

[13] *Ibid.*, pág. 180.

[14] Véase A/CN.4/L.84, art. 13.

i) Estar enterados de todas las intervenciones efectuadas por los tribunales o por las autoridades administrativas a bordo de los buques y barcos mercantes o de recreo abanderados en el Estado que envía, y de asistir a dichas intervenciones;

j) Dirigir las operaciones de salvamento cuando un buque que enarbole el pabellón del Estado de envío naufrague o embarranque en las costas del Estado de residencia;

k) Resolver, con arreglo a las leyes del Estado que envía, los litigios a que den lugar las averías comunes entre los súbditos del Estado que representa;

3. *Prestar toda la asistencia necesaria a los aviones matriculados en el Estado que envía;*

Comentario

Esta función consiste especialmente en:

a) Inspeccionar los libros de a bordo;

b) Prestar asistencia a la tripulación;

c) Prestar auxilio en caso de accidente o de avería del avión;

d) Velar por la observancia de las convenciones internacionales sobre aviación de las que el Estado que envía sea parte.

4. *Prestar toda la asistencia necesaria a los buques de propiedad del Estado que envía, en particular a los buques de guerra, que se encuentren de visita en el Estado de residencia;*

Comentario

Esta función está reconocida por muchas convenciones consulares.

II. Funciones relativas a la protección de los nacionales del Estado que envía

5. *Velar por que el Estado que envía y sus nacionales gocen de todos los derechos que les garanticen la legislación del Estado de residencia, la costumbre y las convenciones internacionales en vigor, y tomar todas las medidas necesarias para obtener reparación en el caso de que se infrinjan esos derechos,*

Comentario

Este derecho no significa en modo alguno que el cónsul pueda inmiscuirse en los asuntos internos del Estado de residencia o intervenir continuamente ante las autoridades locales en favor de los nacionales de su Estado. Esta disposición limita claramente su intervención a los casos en que se infrinjan los derechos del Estado que envía o de sus nacionales, que derivan del derecho interno del Estado de residencia o del derecho internacional. El vocablo « nacionales » designa aquí tanto a las personas naturales como a las jurídicas.

6. *Pedir, en caso necesario, que se instituya la tutela o curatela de los nacionales del Estado que envía, proponer a los tribunales la persona del tutor o del curador, y vigilar la tutela de los menores y la curatela de los dementes y de otros incapacitados, nacionales del Estado que envía;*

Comentario

Hay convenciones consulares que reconocen al cónsul incluso el derecho de nombrar tutores o curadores cuando se trate de nacionales menores o incapacitados del Estado que envía. Sin embargo, como ciertas legislaciones reservan esta función a los tribunales, la disposición propuesta limita las atribuciones del cónsul en esta materia a:

a) Pedir que se instituya una tutela o una curatela;

b) Proponer a los tribunales la persona del tutor o del curador;

c) Vigilar la tutela o la curatela.

7. *Representar en todas las cuestiones de sucesión, sin necesidad de plenos poderes, a los herederos y legatarios o sus causahabientes, nacionales del Estado que envía, que no estén representados por un mandatario especial; intervenir ante las autoridades competentes del Estado de residencia a fin de que se forme el inventario de los bienes o se efectúe la liquidación de la sucesión y pedir, en caso necesario, a los tribunales competentes que resuelvan las divergencias y reclamaciones respecto de una sucesión causada por la muerte de un nacional del Estado que envía;*

Comentario

Las funciones que las convenciones consulares y otros acuerdos internacionales confían a los cónsules en materia de sucesiones son muy diversas. A fin de facilitar la aceptación de esta disposición por el mayor número posible de gobiernos, el texto propuesto no se refiere sino a las funciones que cabe considerar como esenciales para la defensa de los derechos de los herederos y legatarios y de sus causahabientes. Según los términos de esta disposición, en todas las cuestiones de sucesión en que los nacionales del Estado que envían sean herederos o legatarios o hayan adquirido derechos como herederos de éstos y no estén representados por un mandatario especial, los cónsules tendrán derecho:

a) A representar a los herederos y legatarios o a sus causahabientes sin necesidad de presentar plenos poderes de los interesados;

b) A intervenir ante las autoridades competentes del Estado de residencia a fin de que se formen los inventarios de los bienes o se proceda a la liquidación de la sucesión;

c) A pedir a los tribunales competentes que resuelvan las divergencias y reclamaciones que puedan surgir respecto de una sucesión causada por la difunción de un nacional.

Esta función durará mientras los herederos o legatarios y, de llegar el caso, sus causahabientes no hayan designado a los mandatarios que se encarguen de representarlos durante el procedimiento de sucesión.

III. Funciones administrativas

8. *Inscribir y trasladar las actas del registro civil (nacimiento, matrimonio, defunción), salvo la obligación de las personas interesadas de efectuar todas las declaraciones necesarias con arreglo a las leyes del Estado de residencia;*

Comentario

Estas funciones están determinadas por las leyes y reglamentos del Estado que envía. Pueden ser muy diversas y consisten, por ejemplo, en:

a) Llevar el registro de los nacionales del Estado que envía, residentes en su circunscripción consular;

b) Expedir pasaportes y otros documentos personales a los súbditos del Estado que envía;

c) Visar los pasaportes y otros documentos de las personas que se dirijan al Estado que envía;

d) Tramitar los asuntos relativos a la nacionalidad del Estado que envía;

e) Facilitar datos sobre el comercio, la industria y todos los aspectos de la vida nacional del Estado que envía a los que se interesen por ellos en el Estado de residencia;

f) Visar los certificados de origen o de procedencia de las mercancías, las facturas comerciales y otros documentos análogos;

g) Transmitir el pago de prestaciones, rentas o indemnizaciones concedidas a los derechohabientes conforme a sus leyes nacionales y a las convenciones internacionales, especialmente en aplicación de las leyes de previsión social;

h) Efectuar el cobro de las rentas e indemnizaciones adeudadas a los nacionales del Estado que envía, en caso de que el beneficiario se encuentre fuera del Estado de residencia;

i) Llevar a cabo todas las actuaciones relativas al servicio militar, a la conservación de los registros militares y a la visita sanitaria de los reclutas nacionales del Estado que envía.

9. *Celebrar los matrimonios con arreglo a las leyes del Estado que envía, siempre que la legislación del Estado de residencia no se oponga a ello;*

Comentario

El cónsul, si está autorizado por la legislación del Estado que envía, puede celebrar matrimonios entre los nacionales de su Estado y, según ciertas legislaciones, también entre los nacionales de su Estado y los de otro Estado. Sin embargo, esta función no puede ejercerse si a ello se opone la legislación del Estado de residencia.

10. *Notificar decisiones judiciales o ejecutar comisiones rogatorias a petición de los tribunales del Estado que envía en la forma prescrita por las convenciones en vigor o en cualquier otra forma compatible con la legislación del Estado de residencia;*

Comentario

Esta función, muy frecuente en la actualidad, está reconocida por el derecho internacional consuetudinario.

IV. Funciones notariales

11. *Recibir todas las declaraciones que tengan que hacer los nacionales del Estado que envía; extender, autenticar y recibir en depósito las disposiciones testamentarias y todos los instrumentos unilaterales otorgados por los nacionales del Estado que envía, y los instrumentos jurídicos bilaterales celebrados entre nacionales del Estado que envía o entre éstos y nacionales de otros Estados, salvo los relativos a inmuebles que radiquen en el Estado de residencia y a los derechos reales que los graven;*

Comentario

Las funciones consulares en esta esfera son múltiples. En especial pueden ser las siguientes:

a) Recibir en su cancillería, a bordo de los buques y barcos que naveguen con bandera del Estado que envía, o a bordo de los aviones que tienen la nacionalidad del Estado que envía, todas las declaraciones que tengan que hacer los nacionales del Estado que envía;

b) Extender, autenticar y recibir en depósito las disposiciones testamentarias y todos los instrumentos unilaterales otorgados por los nacionales del Estado que envía;

c) Extender, autenticar y recibir en depósito los instrumentos jurídicos celebrados entre nacionales del Estado que envía o entre éstos y nacionales del Estado de residencia, salvo los relativos a inmuebles que radiquen en el Estado de residencia o a derechos reales que los graven.

12. *Legalizar o certificar las firmas, visar, certificar o traducir documentos, siempre que estas formalidades sean pedidas por una persona de cualquier nacionalidad para utilizarlas en el Estado que envía o en aplicación de las leyes de este Estado. Si, con arreglo a la legislación del Estado que envía, es necesaria una prestación de juramento o una declaración que lo sustituya, este juramento o esta declaración podrá prestarse ante el cónsul;*

Comentario

Los cónsules tienen derecho a percibir por estos servicios derechos que fijan las leyes y los reglamentos del Estado que envía; este derecho será objeto de un artículo posterior propuesto por el Relator Especial (art. 26) [15].

13. *Recibir en depósito el dinero, los documentos y los objetos que le confíen los nacionales del Estado que envía;*

Comentario

En cuanto a la transferencia de sumas de dinero o de otros objetos, en particular de objetos de arte, ésta se rige por las leyes y reglamentos del Estado de residencia, salvo cuando haya un acuerdo internacional.

V. Otras funciones

14. *Favorecer los intereses culturales del Estado que envía, especialmente en el campo de la ciencia, el arte, las relaciones profesionales y la enseñanza;*

Comentario

Esta función se ha hecho muy corriente en los últimos tiempos y está confirmada por muchas convenciones consulares.

15. *Ejercer funciones de árbitro o conciliador en los litigios que le sometan los nacionales del Estado que envía, siempre que la legislación del Estado de residencia no se oponga a ello;*

Comentario

Esta función, que permite a los nacionales del Estado que envía resolver rápidamente sus discrepancias, tiene un valor práctico innegable. Sin embargo, al parecer, no es frecuente en la actualidad.

16. *Informarse sobre los aspectos de la vida económica, comercial y cultural de su circunscripción, otros aspectos de la vida nacional del Estado de residencia, e informar al gobierno del Estado que envía o a los interesados que radiquen en él;*

Comentario

Esta función se vincula con las funciones que el cónsul debe ejercer especialmente en materia económica, comercial y cultural.

17. *El cónsul podrá ejercer otras funciones determinadas por el Estado que envía, siempre que su ejercicio no esté prohibido por la legislación del Estado de residencia.*

Comentario

Esta cláusula reserva todas las otras funciones que el Estado que envía puede confiar a su cónsul. Esas funciones sólo podrán ejercerse en la medida en que su ejercicio no esté prohibido por la legislación del Estado de residencia.

12) El Relator Especial propuso el artículo adicional siguiente:

Los cónsules tienen derecho a representar, sin necesidad de plenos poderes, ante los tribunales y ante las demás autoridades del Estado de residencia, a los nacionales y a las personas jurídicas del Estado que envía que, por estar ausentes o por cualquier otra razón, no puedan defender oportunamente sus derechos y sus intereses; y ejercerán este derecho hasta que dichas personas nombren su procurador o comparezcan por sí mismas para la defensa de sus derechos e intereses.

Esta disposición, que figura en muchas convenciones consulares, reconoce al cónsul el derecho a representar *ex officio* ante los tribunales y ante otras autoridades del Estado de residencia a los nacionales del Estado que envía que no puedan defender sus derechos e intereses por sí mismos. Esta prerrogativa del cónsul es necesaria para el ejercicio de las funciones consulares que consisten, por ejemplo, en defender los intereses de los nacionales del Estado que envía y los intereses de este Estado (apartado *a* del párrafo 1 del artículo 4). El cónsul no puede cumplir esta función si carece de poder para apersonarse en los negocios de sus nacionales ausentes ante los tribunales y las autoridades administrativas, para transmitir a los tribunales y a otras autoridades competentes informaciones y propuestas que puedan contribuir a la protección de los derechos de los nacionales ausentes, para señalar a los tribunales locales las disposiciones de los tratados internacionales aplicables al caso particular de que se trate y para prevenir la representación de los nacionales ausentes ante los tribunales y ante las demás autoridades competentes, hasta que dichas

[15] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1957*, Vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 57.V.5, Vol. II).

personas asuman la defensa de sus derechos e intereses. Preisamente con este fin el artículo reconoce al cónsul un poder de representación cuyo alcance y duración son limitados. Desde luego, esta disposición no confiere al cónsul los poderes de un abogado.

Después de estudiar prolijamente la cuestión, la Comisión decidió que carecía de datos suficientes y resolvió pedir la opinión de los gobiernos sin formular ninguna recomendación.

Artículo 5

Obligaciones del Estado de residencia en ciertos casos especiales

El Estado de residencia está obligado :

a) **A transmitir, en caso de defunción en su territorio de un nacional del Estado que envía, el certificado de defunción al consulado en cuya circunscripción ésta ocurra;**

b) **A comunicar sin dilación al consulado competente todos los casos en que haya de procederse al nombramiento de un tutor o de un curador para un menor o un incapacitado que sea nacional del Estado que envía;**

c) **A informar sin dilación, cuando un buque o un barco que enarbole la bandera del Estado que envía naufrague o se encalle en la costa o en las aguas territoriales del Estado de residencia, al consulado más próximo del lugar en que ocurra el accidente.**

Comentario

1) El presente artículo tiene por objeto establecer la cooperación de las autoridades del Estado de residencia con los consulados en tres categorías de asuntos que corresponden a las funciones consulares. Las convenciones consulares suelen enunciar la obligación de llevar a conocimiento del consulado los hechos mencionados en el artículo. La función de todos los consulados se verá facilitada en gran medida si se generaliza esta obligación mediante una convención multilateral.

2) Queda entendido que la obligación de transmitir las partidas de defunción al consulado del Estado que envía se aplica solamente a los casos en que las autoridades del Estado de residencia sepan que el difunto era nacional de un Estado extranjero. Si este hecho sólo se determina más tarde, por ejemplo, al liquidar la sucesión, la obligación de transmitir el certificado de defunción nace únicamente en ese momento.

Artículo 6

Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. A fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relativa a la protección de los nacionales del Estado que envía que se hallan en la circunscripción consular :

a) **Los nacionales del Estado que envía tienen libertad de comunicarse con el cónsul competente y de ir a verlo, y el cónsul tiene libertad de comunicarse con dichos nacionales y, de ser necesario, de ir a verlos;**

b) **Las autoridades competentes comunicarán, sin dilación injustificada, al cónsul competente del Estado que envía cuando, en su circunscripción, sea puesto en prisión preventiva o encarcelado un nacional de ese Estado, y transmitirán al cónsul, asimismo sin dilación injustificada, las comunicaciones que le dirija la persona detenida o encarcelada;**

c) **El cónsul está autorizado a visitar a un nacional del Estado que envía que se halle detenido o encarcelado, a conversar con él y a prevenir su defensa ante los tribunales. Asimismo, puede visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle encarcelado, en cumplimiento de una condena.**

2. Las libertades a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo deben ejercerse de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado de residencia, quedando desde luego entendido que tales leyes y reglamentos no deben volver ilusorias estas libertades.

Comentario

1) Tal como el artículo anterior, este artículo define las libertades concedidas al cónsul a fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relativas a la protección de los nacionales del Estado que envía.

2) El artículo enuncia ante todo, en el apartado *a*) del párrafo 1, que los nacionales del Estado que envía han de tener libertad de comunicarse con el cónsul competente y de ir a verlo. La expresión « competente » se refiere al cónsul de la circunscripción en que se halla el nacional del Estado que envía.

3) La disposición precitada expresa, asimismo, que el cónsul ha de tener libertad de comunicación con los nacionales del Estado que envía y de ir a verlos, si así lo exige el ejercicio de las funciones consulares.

4) Este artículo determina además las libertades del cónsul en el caso de que un nacional del Estado que envía sea puesto en prisión preventiva o sea encarcelado en cumplimiento de la sentencia de un tribunal. En ese caso, con arreglo al artículo propuesto, el Estado de residencia contrae tres obligaciones:

a) Primeramente debe notificar, sin dilación injustificada, al cónsul del Estado que envía en cuya circunscripción se ha puesto en prisión preventiva o se ha encarcelado a un nacional del Estado que envía. El cónsul competente, para recibir la comunicación relativa a la detención o encarcelamiento de un nacional del Estado que envía, puede ser en ciertos casos un cónsul distinto del que es normalmente competente para ejercer la protección consular respecto del nacional de que se trate, en razón de su residencia habitual.

b) Además, el Estado de residencia debe transmitir al cónsul, sin dilación injustificada, las comunicaciones que le dirija la persona detenida o encarcelada.

c) Por último, el Estado de residencia debe permitir al cónsul que visite a un nacional del Estado que envía que se halle detenido o encarcelado en su circunscripción consular, que converse con él y que prevenga su defensa ante los tribunales. Esta disposición también comprende los casos en que un nacional del Estado que envía ha sido puesto en prisión preventiva y se ha instruido un procedimiento penal contra él, los casos en

que se le ha condenado, pero aún tiene derecho a interponer un recurso de apelación o de casación, y también los casos en que la sentencia por la que se condena al nacional sea firme.

5) Todas las libertades que se mencionan deben ejercerse de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado de residencia. Así, pues, las visitas a las personas detenidas o encarceladas se permitirán de conformidad con las disposiciones de los códigos de procedimiento penal y de los reglamentos sobre régimen penitenciario. Por lo común, los códigos de procedimiento penal subordinan la visita a un detenido contra el cual se ha instruido un procedimiento o juicio criminal a la autorización del juez de instrucción, quien decidirá según las necesidades de la instrucción. En el caso citado, el cónsul debe solicitar la autorización del juez de instrucción. Si se trata de una persona que cumple una pena de prisión, el reglamento penitenciario en el que se determinan las visitas que pueden hacerse a los detenidos también se aplica a las visitas que el cónsul quiera hacer al nacional del Estado que envía que se halle en esa situación.

6) El que las libertades enunciadas en este artículo deban ejercerse con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado de residencia, no significa que tales leyes y reglamentos puedan volverlas ilusorias.

7) La expresión « sin dilación injustificada » que se emplea en el apartado *b*) del párrafo 1 tiene en cuenta los casos en que la instrucción del procedimiento penal exige que la detención de una persona se mantenga en reserva durante cierto tiempo.

Artículo 7

Ejercicio de funciones consulares en nombre de un tercer Estado

Ningún cónsul puede ejercer funciones consulares en nombre de un tercer Estado sin el consentimiento del Estado de residencia.

Comentario

1) Mientras que el párrafo 5 del artículo 3 del proyecto se refiere al caso en que la jurisdicción de un consulado o el ejercicio de las funciones de un cónsul deba extenderse a la totalidad o a parte del territorio de un tercer Estado, este artículo tiene por objeto reglamentar el caso en que el cónsul, en su circunscripción, quiera ejercer funciones consulares en nombre de un tercer Estado. Esta situación puede presentarse primeramente cuando un tercer Estado no mantiene relaciones consulares con el Estado de residencia, pero desea, sin embargo, garantizar a sus nacionales la protección consular en ese Estado. Así, el Acuerdo de Caracas entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, relativo a las atribuciones de los respectivos cónsules en cada una de las Repúblicas contratantes, firmado el 18 de julio de 1911, disponía que los cónsules de cualquiera de las Repúblicas contratantes, residentes en otra de las mismas, podían hacer uso de sus atribuciones en favor de los nacionales de las otras Repúblicas contratantes que no tuvieran cónsul en el mismo lugar (art. 6).

2) La ruptura de relaciones consulares es otro caso en que el ejercicio de funciones consulares en nombre de un tercer Estado responde a una necesidad práctica.

3) La legislación de muchos países prevé el ejercicio de funciones consulares en nombre de un tercer Estado, pero lo hace depender de la autorización del jefe de Estado o del gobierno, o del ministro de relaciones exteriores.

4) Huelga decir que en los casos previstos en el artículo, el cónsul rara vez podrá asumir el ejercicio de todas las funciones consulares en nombre del tercer Estado. En ciertos casos podrá limitarse a ejercer únicamente algunas de ellas. El artículo prevé tanto el cumplimiento ocasional de ciertas funciones consulares como el ejercicio constante de esas funciones. En ambos casos se necesita el consentimiento del Estado de residencia.

Artículo 8

Clases de jefes de oficina consular

Los jefes de oficina consular son de cuatro clases, a saber :

1) Cónsules generales;

2) Cónsules;

3) Vicecónsules;

4) Agentes consulares.

Comentario

1) Si bien la categoría de los agentes diplomáticos fue determinada por los Congresos de Viena (1815) y de Aquisgrán (1818), la clase de los cónsules no ha sido aún codificada. Se han empleado los títulos más diversos desde la época en que la institución de los cónsules aparece en las relaciones entre los países. Actualmente, la práctica de los Estados, según se deduce de su legislación nacional y de las convenciones internacionales, permite comprobar una uniformidad suficientemente grande en cuanto a las cuatro clases mencionadas en el artículo 8 de modo que resulta posible proceder a la codificación de las clases de jefes de oficina consular y cumplir en materia de derecho consular lo que hizo el Congreso de Viena en el derecho diplomático hace ya más de 140 años.

2) La enumeración de las cuatro clases no significa en modo alguno que los Estados que la acepten estén obligados a utilizar en la práctica todas estas cuatro clases. La única obligación que tendrán es la de nombrar sus jefes de oficina consular en una de las cuatro clases mencionadas en el artículo 8. Por consiguiente, aquellos Estados cuya legislación no prevea todas esas cuatro clases no estarán en modo alguno obligados a modificar su derecho interno.

3) Cabe advertir que la expresión « agente consular » se emplea en este artículo en un sentido técnico que difiere fundamentalmente del significado general que le han dado ciertos instrumentos internacionales para designar todas las clases de funcionarios consulares.

4) Según ciertas legislaciones, los agentes consulares tienen atribuciones más restringidas que las de los cónsules generales o los cónsules; se limitan a la protección del comercio y la navegación; son nombrados, con el acuerdo del Estado de residencia, no por el gobierno del Estado que envía, sino, en el lugar, por cónsules de este Estado y quedan a las órdenes de los cónsules que los han nombrado. La Comisión desea llamar

especialmente la atención de los gobiernos acerca de esta clase de funcionarios consulares y pedirles informaciones detalladas que permitan establecer cuáles son las atribuciones de los agentes consulares según el derecho interno de los diferentes Estados y la forma de su nombramiento, y determinar la medida en la cual, en la práctica, se utiliza ahora la institución de los agentes consulares. Estos datos constituirán una base para la decisión definitiva sobre esta clase de funcionarios consulares cuando la Comisión reanude el examen de esta cuestión.

5) La legislación interna de unos cuantos Estados admite que los vicecónsules y los agentes consulares ejerzan una actividad lucrativa en el Estado de residencia; algunas convenciones consulares confirman excepcionalmente esta práctica (véase el párr. 7 del art. 2 de la convención consular del 31 de diciembre de 1951 entre Francia y el Reino Unido, relativa a los agentes consulares). En el proyecto del Relator Especial, los vicecónsules y los agentes consulares que ejercen una actividad lucrativa están asimilados a los cónsules honorarios, cuya condición jurídica es objeto del capítulo III del proyecto.

6) No influye en la clasificación propuesta el hecho de que ciertas legislaciones incluyan también en la clasificación a los jefes de las secciones consulares de las misiones diplomáticas, pues la expresión jefe de sección consular de una misión diplomática indica simplemente una función y no una nueva clase de funcionarios consulares.

7) Cabe subrayar que el artículo se refiere únicamente a los jefes de oficina (los titulares) y no se propone en modo alguno limitar la facultad de los Estados para determinar los títulos de los funcionarios y empleados consulares subalternos del jefe de oficina y que trabajan bajo su dirección.

Artículo 9

Adquisición de la condición jurídica consular

Se consideran como cónsules, en el sentido de los presentes artículos, los funcionarios nombrados por el Estado que envía en una de las cuatro clases enumeradas en el artículo 8 y reconocidos como tales por el Estado en cuyo territorio han de ejercer sus funciones.

Comentario

1) En este artículo se enuncia un principio fundamental que se desarrolla en los artículos siguientes. En él se indican las dos condiciones que se requieren para que una persona pueda ser considerada como cónsul según el derecho internacional, a saber:

a) Que sea nombrada por la autoridad competente del Estado que envía como cónsul general, cónsul, vicecónsul o agente consular, y

b) Que sea reconocida como tal por el gobierno del Estado en cuyo territorio ha de ejercer sus funciones.

2) Esta disposición es necesaria para hacer ver que los artículos elaborados por la Comisión se refieren únicamente a los cónsules que tienen una condición jurídica internacional, y a los miembros de su personal, y que no son aplicables a las personas que, si bien poseen el título de cónsul, sólo ejercen actividades en los servicios internos del Estado.

Artículo 10

Competencia para nombrar y reconocer a los cónsules

1. La competencia para nombrar a los cónsules y el modo de ejercerla se rigen por el derecho interno del Estado que envía.

2. La competencia para reconocer a los cónsules y la forma de otorgar el reconocimiento se rigen por el derecho interno del Estado de residencia.

Comentario

1) En derecho internacional no existen reglas que determinen la autoridad del Estado que tiene competencia para nombrar cónsules. Esta cuestión se rige por el derecho interno de cada Estado. Los cónsules, por lo menos los de las dos primeras clases, son nombrados sea por el jefe del Estado a propuesta del gobierno, sea por el gobierno, sea por el ministro de relaciones exteriores. En un mismo Estado puede ser diferente la autoridad que nombra a los cónsules generales y a los cónsules de la que nombra a los vicecónsules y agentes consulares, así como cuando se trata de cónsules de carrera o de cónsules honorarios.

2) Lo mismo puede decirse en lo que respecta a la forma de nombramiento de los cónsules. Esta cuestión se rige también por el derecho interno de cada Estado que determina los requisitos para ser nombrado cónsul, el procedimiento de nombramiento y la forma de los documentos que se confieren a los cónsules. Por ejemplo, en algunos Estados, cuando los agentes consulares son nombrados por una autoridad central, lo son a propuesta del cónsul del cual han de depender y bajo cuya dirección trabajarán. Como en lo pasado se han emitido a veces opiniones erróneas afirmado que sólo los jefes de Estado tenían facultad para nombrar a los cónsules y como en estas opiniones se basaron en la práctica incluso ciertas pretensiones, ha parecido oportuno enunciar en este artículo que la competencia para nombrar a los cónsules y la forma de ejercerla son objeto de la legislación interna de cada Estado. Esta norma resuelve todas esas divergencias de opinión y permite evitar en lo porvenir dificultades que pueden perjudicar las buenas relaciones entre los Estados.

3) El derecho internacional tampoco determina la autoridad competente para conceder el reconocimiento al cónsul nombrado por el Estado que envía ni la forma de este reconocimiento. El presente proyecto sólo prevé que, además del reconocimiento definitivo otorgado por medio de un exequátur (art. 13), existe un reconocimiento provisional (art. 14). Por lo tanto, corresponde al derecho interno reglamentar las demás cuestiones que son objeto de este artículo.

4) Sin perjuicio del artículo 8, que se refiere a las clases de los jefes de oficina consular, todos los Estados pueden determinar la jerarquía de sus cónsules; también pueden decidir si recurrirán a los servicios de cónsules honorarios y en qué medida. Sin embargo, cuando se trata del envío de un cónsul al extranjero, también debe tomarse en consideración la opinión del Estado de residencia. Asimismo, este Estado puede no admitir cónsules honorarios o poner como condición para su reconocimiento que el cónsul sea nombrado en una clase determinada, si esta cuestión no se ha resuelto

en el momento de la creación del consulado. Por esta razón, se recomienda que esta cuestión sea resuelta antes por negociación entre los Estados interesados. No obstante, esta cuestión no tiene tanta importancia como para motivar una disposición especial al efecto, análoga al artículo 14 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

5) El principio en que se basa el párrafo 1 de este artículo ha sido codificado en forma diferente en la Convención de La Habana de 1928 relativa a los cónsules, cuyo artículo 2 estipula que:

« La forma y los requisitos para nombrarlos y las clases y categorías de los cónsules serán regulados por el derecho interno del respectivo Estado. »

Teniendo en cuenta la evolución del derecho internacional que se refleja en las convenciones internacionales y en el presente proyecto, cuyo artículo 12 contiene disposiciones relativas a la carta patente, la Comisión presenta en el párrafo 1 una disposición más restringida, pero la completa en el párrafo 2 con una disposición en que se indica que la competencia para reconocer a los cónsules y la forma de otorgar este reconocimiento se rigen por el derecho interno del Estado de residencia.

Artículo 11

Nombramiento de nacionales del Estado de residencia

Los funcionarios consulares no pueden ser elegidos entre las nacionales del Estado de residencia más que con el consentimiento expreso de éste.

Comentario

Cuando el Estado que envía desee nombrar jefe de oficina consular o funcionario consular a una persona que sea nacional del Estado de residencia o que sea a la vez nacional del Estado que envía y del Estado de residencia, sólo puede hacerlo con el consentimiento expreso del Estado de residencia. En efecto, éste es un caso en que los deberes del funcionario consular para con el Estado que envía pueden ser contrarios a sus deberes de ciudadano del Estado de residencia. Cabe advertir que, según los términos de este artículo, no se requiere el consentimiento del Estado de residencia si el funcionario consular es nacional de un tercer Estado. Este artículo corresponde al artículo 7 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares.

Artículo 12

Carta patente

1. Los jefes de oficina consular reciben del Estado que los nombra plenos poderes en forma de carta patente u otro documento similar extendido para cada nombramiento y que indica, por lo general, los nombres y apellidos del funcionario consular, la categoría y la clase consular, la circunscripción consular y la sede del consulado.

2. El Estado que nombra al cónsul comunicará la carta patente, por vía diplomática o por otra vía adecuada, al gobierno del Estado en cuyo territorio el cónsul habrá de ejercer sus funciones.

3. Cuando el Estado de residencia lo acepte, la carta patente puede ser reemplazada por una notificación hecha por el Estado que envía al Estado de residencia, relativa al lugar de destino del cónsul de que se trate. En este caso, se aplican *mutatis mutandis* la disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

Comentario

1) Por regla general, se extiende al cónsul un documento oficial denominado *carta patente* (en francés *lettre de provision, lettre patente, commission consulaire*). El instrumento que se extiende a los vicecónsules y a los agentes consulares lleva a veces un título diferente (en francés *brevet, décret, patente o licence*).

2) En el artículo 12 se utiliza la expresión « *carta patente* » para referirse a los documentos oficiales de los jefes de oficina consular de todas las clases. Si bien puede justificarse el designar con otro nombre los plenos poderes que se extienden a los funcionarios consulares que no son nombrados por las autoridades centrales del Estado, la significación jurídica de estos documentos desde el punto de vista del derecho internacional es la misma. Este procedimiento es tanto más necesario cuanto que la forma de nombrar a los cónsules se rige por el derecho interno del Estado que envía.

3) Aunque la forma de la carta patente sea objeto del derecho interno de los Estados, el párrafo 1 de este artículo indica lo que debe contener toda carta patente a fin de que el Estado de residencia pueda establecer claramente la jurisdicción del cónsul y su condición jurídica. La expresión « por lo general » indica claramente que se trata de una disposición cuya inobservancia no tendrá por resultado la nulidad de la carta patente. El mismo párrafo enuncia, en conformidad con la práctica, que la carta patente debe extenderse para cada nombramiento. Así, si se nombra al cónsul para otro lugar, aunque sea en el territorio del mismo Estado, deberá extenderse una nueva carta patente. También en este punto la Comisión desearía obtener datos más amplios sobre la práctica actual.

4) Algunas convenciones bilaterales determinan el tenor o la forma de la carta patente (véase, por ejemplo, el artículo 3 de la convención de 31 de diciembre de 1913 entre Cuba y los Países Bajos y el artículo IV de la convención de 20 de mayo de 1948 entre España y Filipinas, que estipula que el documento ordinario de nombramiento debe firmarlo el jefe de Estado y llevar estampado el gran sello del Estado). Huelga decir que en esos casos el tenor o la forma de la carta patente debe corresponder a las disposiciones de la convención en vigor.

5) El cónsul conserva en su poder la carta patente con el exequátur, pues constituye un documento importante del que puede servirse en todo momento ante las autoridades de su circunscripción para comprobar su posición oficial.

6) Si bien la carta patente, en el sentido anteriormente indicado, constituye el documento ordinario de nombramiento, la práctica reciente de los Estados parece admitir, cada vez más, documentos de carácter menos formal tales como una notificación referente al lugar de destino del cónsul. Por esta razón, ha parecido necesario tener en cuenta esta práctica en el párrafo 3 del artículo 12.

7) Para la presentación de la carta patente muchas legislaciones nacionales y convenciones internacionales prescriben la vía diplomática, y en particular la Convención de La Habana de 20 de febrero de 1928 (art. 4). Esta vía parece imponerse como procedimiento normal para la obtención del exequátur. Sin embargo, teniendo también en cuenta las circunstancias y los casos en que no sea posible valerse de esta vía o en que sea conveniente otro procedimiento, el texto del párrafo 3 señala expresamente, además de la vía diplomática, « o por otra vía adecuada ».

Artículo 13

Exequátur

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 16, los jefes de oficina consular no pueden entrar en funciones sin haber obtenido el reconocimiento definitivo del gobierno del Estado en que hayan de ejercerlas. Este reconocimiento se otorga por medio de un exequátur.

Comentario

1) El exequátur es el acto en virtud del cual el Estado de residencia otorga al cónsul extranjero el reconocimiento definitivo y le confiere así el derecho a ejercer sus funciones consulares. El exequátur, por tanto, confiere al cónsul autoridad ante el Estado de residencia. El mismo término sirve también para designar el documento que contiene ese reconocimiento.

2) Como se indica en el artículo 10 la competencia para otorgar el exequátur se rige por el derecho interno del Estado de residencia. En muchos Estados, el exequátur es concedido por el jefe de Estado, si la carta patente está firmada por el jefe del Estado que envía, y por el ministro de relaciones exteriores en los otros casos. En muchos Estados el exequátur lo otorga siempre el ministro de relaciones exteriores. En ciertos países, la concesión del exequátur está reservada al gobierno.

3) Como se deduce del artículo 10 la forma del exequátur se rige también por el derecho interno del Estado de residencia, por lo cual hay muchas diferencias. Según la información de que dispone la Comisión, los tipos de exequátur que más se utilizan en la práctica son los siguientes:

Concedida mediante:

a) Un acuerdo del jefe del Estado, firmado por él y refrendado por el ministro de relaciones exteriores, cuyo original se entrega al cónsul;

b) Un acuerdo firmado en la misma forma, pero del cual sólo se entrega al cónsul una copia certificada conforme por el ministro de relaciones exteriores;

c) Una transcripción en la carta patente, para lo cual, a su vez, se utilizan diversas formas;

d) Una comunicación por vía diplomática al Estado que envía.

4) En ciertas convenciones se emplea el término exequátur en su acepción formal para designar solamente las formas mencionadas en los puntos *a*) a *c*). Como deben tener en cuenta también los casos en que el exequátur se otorga al cónsul en forma simplificada, dichas convenciones mencionan además del exequátur otras formas de autorización definitiva para ejercer las funciones consulares (convención consular de 12 de enero de 1948 entre Costa Rica y los Estados Unidos, artículo I), o no emplean el término exequátur.

5) Como se explica en el artículo sobre definiciones, el término exequátur se emplea en dicho artículo, al menos por ahora, para designar la autorización definitiva concedida por el Estado de residencia a un cónsul extranjero para ejercer las funciones consulares en el territorio del Estado de residencia, cualquiera que sea la forma de dicha autorización. En efecto, no se cree que el criterio formal baste por sí solo para establecer una distinción entre actos que tienen el mismo fin y el mismo significado jurídico.

6) Dado que los artículos siguientes prevén que el cónsul puede obtener un reconocimiento provisional antes de recibir el exequátur (art. 14) o puede ser admitido como jefe interino para ejercer temporalmente las funciones consulares en los casos previstos en el artículo 16, se ha limitado el alcance del artículo haciendo referencia a esos dos artículos del proyecto.

7) La concesión del exequátur a un cónsul nombrado jefe de una oficina consular se extiende de pleno derecho a los miembros del personal consular que trabajan bajo su dirección y su responsabilidad. Por ello no es necesario que los cónsules que no son jefes de oficina presenten su carta patente y obtengan el exequátur. Una notificación del jefe de oficina consular a las autoridades competentes del Estado de residencia basta para que se los admita al beneficio de los presentes artículos y de los acuerdos en vigor aplicables en la materia. Pero si el Estado que envía desea obtener también el exequátur para uno o varios funcionarios consulares que tienen categoría de cónsul, nada le impide solicitarlo.

8) Se reconoce en general que el Estado de residencia puede negar el exequátur a un cónsul extranjero. Ese derecho se admite implícitamente en el artículo y la Comisión no ha creído que sea necesario enunciarlo en forma explícita.

9) La única cuestión que se discute es la de saber si el Estado que ha negado el exequátur debe comunicar los motivos de dicha negativa al gobierno interesado. La Comisión ha preferido, al menos por ahora, no tratar esta cuestión. El silencio que el proyecto guarda sobre este punto debe interpretarse como que se deja la cuestión al juicio del Estado de residencia, pues, como la práctica de los Estados es diversa y contradictoria, no es posible deducir la existencia de una regla que imponga a los Estados la obligación de explicar los motivos de su decisión en esos casos.

Artículo 14

Reconocimiento provisional

Hasta que se otorgue el exequátur, el jefe de oficina consular puede ser admitido provisionalmente al ejercicio de sus funciones y al beneficio de los presentes artículos y de los acuerdos en vigor aplicables en la materia.

Comentario

1) El reconocimiento provisional tiene por objeto permitir que el cónsul comience a ejercer sus funciones antes de que le sea concedido el exequátur. El procedi-

miento que se emplea para obtener el exequátur lleva cierto tiempo. Por otra parte, la mayoría de los asuntos que son de la competencia del cónsul no admiten demora alguna. Por ello, la institución del reconocimiento provisional ofrece una solución muy práctica. Eso explica por qué está tan extendido el reconocimiento provisional, como lo demuestran muchas convenciones consulares, entre otras la Convención de la Habana de 1928 (párr. 2 del art. 6).

2) Cabe señalar que el artículo no obliga a dar el reconocimiento provisional por escrito. Dicho reconocimiento puede otorgarse también mediante una comunicación verbal a las autoridades del Estado que envía, incluso al propio cónsul.

3) Sobre este punto, algunas convenciones bilaterales van aún más allá y admiten en cierto modo un reconocimiento automático. En efecto, estipulan que los cónsules, jefes de oficina, pueden ser admitidos provisionalmente de pleno derecho al ejercicio de sus funciones consulares y al beneficio de las disposiciones de la convención, a menos que el Estado de residencia se oponga a ello. Dichas convenciones sólo prevén la concesión del reconocimiento provisional por un acto individual en los casos en que sea necesario. La mayoría de la Comisión ha opinado que la fórmula empleada en el artículo es más adecuada para una convención multilateral como la prevista en el presente proyecto.

4) En virtud de este artículo, el Estado de residencia debe prestar asistencia y protección al cónsul reconocido a título provisional y debe garantizarle el goce de los privilegios e inmunidades conferidos a los jefes de oficina consular por los presentes artículos y por los acuerdos en vigor aplicables en la materia.

Artículo 15

Obligación de informar a las autoridades de la circunscripción consular

El gobierno del Estado de residencia está obligado a comunicar sin dilación a las autoridades competentes de la circunscripción consular que el cónsul está autorizado a asumir sus funciones. Asimismo, está obligado a velar por que se tomen las medidas necesarias para que el cónsul pueda cumplir las obligaciones de su cargo y sea admitido al beneficio de los presentes artículos y de los acuerdos en vigor aplicables en la materia.

Comentario

1) El reconocimiento provisional o definitivo entraña para el gobierno del Estado de residencia una doble obligación:

a) Debe informar inmediatamente a las autoridades competentes de la circunscripción consular que el cónsul está autorizado a asumir sus funciones;

b) Debe velar por que se tomen todas las medidas necesarias para que el cónsul pueda desempeñar sus funciones y ser admitido al beneficio de los presentes artículos y de los acuerdos en vigor aplicables en la materia.

2) Sin embargo, el cónsul puede entrar en funciones aunque no se cumplan esas obligaciones. En caso de que el gobierno del Estado de residencia no las cumpla, el cónsul puede presentar a las autoridades superiores de su circunscripción su carta patente y su exequátur.

Artículo 16

Jefe interino del consulado

1. Si el puesto de jefe del consulado está vacante o si el jefe del consulado no puede ejercer sus funciones, asumirá temporalmente el consulado un jefe interino cuyo nombre se comunicará a las autoridades competentes del Estado de residencia.

2. Las autoridades competentes deben prestar asistencia y protección al jefe interino y admitirle, durante su gestión, al beneficio de los presentes artículos y de los acuerdos en vigor aplicables en la materia por igual razón que al jefe de oficina consular de que se trate.

Comentario

1) La institución del jefe interino ha entrado en la práctica desde hace tiempo, como se ve en muchos reglamentos nacionales relativos a los cónsules y en muchas convenciones consulares. Por lo tanto, el texto propuesto no hace más que codificar la práctica existente.

2) La función del jefe interino en el servicio consular corresponde a la del encargado de negocios *ad interim* en el servicio diplomático. Teniendo en cuenta la similitud de ambas instituciones, el texto del párrafo 1 sigue de cerca el texto del artículo 17 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

3) Cabe señalar que el texto deja a los Estados en plena libertad en lo que se refiere al nombramiento de jefe interino, que puede ser elegido entre los funcionarios del consulado de que se trate o de cualquier otro consulado del Estado que envía, o entre los funcionarios de una misión diplomática de este Estado. En los casos en que no haya funcionarios consulares que puedan asumir esa función, el jefe interino puede ser elegido también entre los empleados consulares (véase la Convención de La Habana, art. 9). El texto autoriza también al Estado que envía, si éste lo juzga oportuno, a nombrar al jefe interino antes de que el jefe del consulado se vea impedido de ejercer sus funciones.

4) La palabra « temporalmente » pone de relieve que las funciones del jefe interino no pueden prolongarse hasta el punto de convertirlo de hecho en jefe permanente de consulado, salvo acuerdo entre los Estados interesados.

5) La cuestión de saber si debe considerarse al cónsul como impedido de ejercer sus funciones, es una cuestión de hecho que debe ser resuelta por el Estado que envía. No es conveniente una reglamentación demasiado rígida sobre este punto.

6) Por « autoridades competentes » se entienden las autoridades designadas por la legislación o el gobierno del Estado de residencia para mantener las relaciones del gobierno con los cónsules extranjeros.

7) Mientras ejerce la dirección del consulado, el jefe interino posee las mismas atribuciones que el jefe

del consulado y goza de los mismos privilegios e inmunidades. En lo que se refiere a la precedencia del jefe interino, esta cuestión se rige por el párrafo 5 del artículo 17 del presente proyecto.

Artículo 17

Precedencia

1. El orden de precedencia de los cónsules en su respectiva clase está determinado por la fecha de concesión del exequátur.

2. En caso de que el cónsul, antes de obtener el exequátur, sea admitido a título provisional, el orden de precedencia está determinado por la fecha de concesión de este reconocimiento provisional y se mantiene aun después de la concesión del exequátur.

3. Si dos o más consules obtienen el exequátur o el reconocimiento provisional en la misma fecha, el orden de precedencia entre ellos se determina por la fecha de presentación de sus cartas patentes.

4. Los jefes de oficina titulares tienen precedencia sobre los funcionarios consulares que no lo son.

5. El orden de precedencia de los funcionarios consulares encargados interinamente de un consulado sigue al de todos los jefes de oficina titulares de la clase a que pertenecen los jefes de oficina que reemplacen. Entre ellos, el orden de precedencia es el mismo de los jefes de oficina respectivos.

Comentario

1) La cuestión de la precedencia de los cónsules no ha sido reglamentada hasta la fecha por el derecho internacional, a pesar de tener un interés práctico innegable. En efecto, en muchas ciudades los cónsules forman un cuerpo consular y la cuestión de la precedencia se plantea muy naturalmente tanto en el seno de dicho cuerpo como en las ceremonias y fiestas oficiales. No existiendo una reglamentación internacional, los Estados han reglamentado libremente el orden de precedencia de los cónsules. Según se ha informado a la Comisión, la práctica permite observar ciertos usos uniformes que el presente artículo intenta codificar.

2) Al parecer, según una práctica muy común, los cónsules de carrera tienen precedencia sobre los cónsules honorarios. Esta cuestión se examina en el capítulo III del presente proyecto.

3) El párrafo 5 señala el orden de precedencia de los jefes interinos con arreglo al de los jefes de oficina que reemplazan. Esta solución se justifica dado el carácter de la función interina. Tiene también ventajas prácticas innegables, porque en esta forma es fácil establecer el orden de precedencia.

Artículo 18

Cumplimiento ocasional de actos diplomáticos

En un Estado en que no exista misión diplomática del Estado que envía, un cónsul puede cumplir, de modo ocasional, los actos diplomáticos que el gobierno del Estado de residencia autorice en tales casos.

Comentario

1) Este artículo tiene en cuenta la situación especial de un cónsul en un país donde el Estado que envía no tiene misión diplomática y en que el cónsul es el único representante oficial de su Estado. Como la práctica lo ha demostrado, dicho cónsul tendrá que efectuar ocasionalmente actos que normalmente son de la competencia de las misiones diplomáticas y que exceden las atribuciones consulares. Para ejecutar actos de carácter diplomático, según este artículo, es indispensable el consentimiento expreso o tácito del Estado de residencia.

2) A diferencia del artículo 19, este artículo se refiere únicamente a la ejecución ocasional de actos diplomáticos. Esa ejecución, aun cuando sea frecuente, no modifica la condición jurídica del cónsul ni le confiere ningún derecho a los privilegios e inmunidades diplomáticos.

Artículo 19

Reconocimiento de la condición diplomática a los cónsules

En un Estado en que no tenga misión diplomática el Estado que envía, se puede encargar al cónsul de funciones diplomáticas con el asentimiento del Estado de residencia. En este caso, lleva el título de cónsul general-encargado de negocios y goza de los privilegios e inmunidades diplomáticos.

Comentario

1) Este artículo prevé el caso en que el Estado que envía quiera encargar a su cónsul, no ya actos diplomáticos ocasionales, como se prevé en el artículo 18, sino todas las funciones diplomáticas, posibilidad que contempla la legislación de varios países. Parece que los Estados tienen hoy menos tendencia que en lo pasado a encargar a sus cónsules de funciones diplomáticas. Aunque el caso no sea muy frecuente en la actualidad, la Comisión opina que conviene incluirlo en una codificación general de las relaciones e inmunidades consulares.

2) Los cónsules encargados de funciones diplomáticas tenían denominaciones bastante diversas antiguamente: comisario y cónsul general, agente diplomático y cónsul general, encargado de negocios-cónsul general o cónsul general-encargado de negocios. La Comisión ha adoptado esta última expresión, que se ajusta más a la naturaleza de la misión que ejerce en tal caso el cónsul.

3) El cónsul general-encargado de negocios debe tener el exequátur y ser acreditado al mismo tiempo por medio de una carta credencial. Goza de los privilegios e inmunidades diplomáticos.

4) En la Comisión se planteó la cuestión de determinar si no corresponde más bien incluir el artículo 19, del mismo modo que el artículo 18, en el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. Como en los dos casos las atribuciones consulares predominan e imprimen carácter decisivo a la función, la Comisión estimó que se los debía mantener en el proyecto sobre relaciones e inmunidades consulares.

Artículo 20

Retiro del exequátur

1. Si la conducta del cónsul da ocasión a motivos graves de queja, el Estado de residencia puede pedir al Estado que envía que retire al cónsul de que se trate o que ponga término a sus funciones, según el caso.

2. Si el Estado que envía se niega a atender la petición de retiro a que se refiere el párrfo 1 del presente artículo o no la atiende dentro de un término prudencial, el Estado de residencia puede retirar el exequátur a dicho cónsul.

3. En caso de retiro del exequátur, el cónsul respecto de quien se tome esta medida no podrá seguir ejerciendo las funciones consulares.

Comentario

1) Es usual hablar de retiro del exequátur para referirse a la anulación del reconocimiento del cónsul por el Estado de residencia, aunque no se exija la supresión o la devolución del documento en que se ha consignado la concesión del exequátur.

2) Cabe señalar que el retiro del exequátur debe estar precedido siempre, según los términos del artículo, de una petición tendiente a que el Estado que envía retire al cónsul o ponga término a sus funciones. Esta última expresión se aplica sobre todo al caso en que el cónsul es nacional del Estado de residencia, cosa frecuente cuando se trata de cónsules honorarios.

3) El derecho del Estado de residencia a presentar la petición mencionada en el párrafo 1 se limita a los casos en que la conducta del cónsul da ocasión a motivos graves de queja. Por lo tanto, el retiro del exequátur es una medida individual que sólo puede tomarse como consecuencia de tal conducta. La obligación de pedir que se retire al cónsul o se ponga término a sus funciones antes de proceder al retiro del exequátur constituye cierta garantía contra un retiro arbitrario. Esta garantía es tanto más necesaria cuanto que el retiro arbitrario del exequátur puede causar serios perjuicios al Estado que envía, interrumpiendo en forma brusca o injustificada el ejercicio de las funciones del cónsul en las esferas en que su intervención, cotidiana, por así decir, es absolutamente indispensable (actividades diversas en cuestiones de comercio y de navegación, extensión de visados, legalización de firmas, traducción de documentos).

4) En caso de retiro del exequátur, el cónsul objeto de esta medida no puede seguir ejerciendo las funciones consulares. Pierde asimismo el beneficio de los presentes artículos y de los acuerdos en vigor aplicables en la materia. En otro artículo se trata la cuestión de determinar si el cónsul continúa gozando en tal caso de las inmunidades consulares hasta el momento de dejar el país o hasta la expiración de un plazo prudencial que le permita poner término a sus funciones.

Artículo 21

Nombramiento del personal consular

Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 11, 22 y 23, el Estado que envía nombra a su arbitrio a los miembros del personal consular.

Comentario

1) La obligación que tiene el Estado de residencia de aceptar el número necesario de funcionarios consulares y de empleados consulares resulta del acuerdo en virtud del cual dicho Estado da su consentimiento al establecimiento de relaciones consulares y, sobre todo, de su asentimiento al establecimiento del consulado. No basta otorgar el exequátur al jefe de oficina consular para asegurar el buen funcionamiento del consulado, pues el cónsul no puede cumplir las múltiples tareas que supone el ejercicio de las funciones consulares sin la ayuda de colaboradores cuya competencia, categoría y número depende de la importancia del consulado.

2) Este artículo se refiere exclusivamente al personal subalterno que ayuda al jefe de oficina en el ejercicio de las funciones consulares, pues el procedimiento de nombramiento del jefe de oficina consular y de su reconocimiento por el Estado de residencia y también del retiro de ese reconocimiento es objeto de los artículos anteriores del proyecto.

3) Las categorías del personal de un consulado son dos:

a) Los funcionarisos consulares, o sea, las personas que pertenecen al servicio consular y ejercen una función consular;

b) Los empleados del consulado, o sea, las personas que desempeñan actividades administrativas, técnicas o de servicio.

4) El Estado que envía nombra a su arbitrio a los miembros del personal consular, pero, como se deduce de la reserva hecha en el artículo 21, hay excepciones a esta regla:

a) Como se dispone en el artículo 11, los funcionarios consulares no pueden ser elegidos entre los nacionales del Estado de residencia más que con el consentimiento expreso de éste;

b) El artículo 22, que concede al Estado de residencia el derecho a limitar en ciertos casos el número del personal consular, constituye otra excepción;

c) Por último, la facultad de rechazar en cualquier momento a un miembro del personal consular o de declararlo no aceptable, que el artículo 23 concede al Estado de residencia, constituye una tercera excepción a la regla que enuncia el artículo 21.

5) El derecho a nombrar en el consulado el número necesario de funcionarios consulares y de empleados del consulado se expresa en ciertas convenciones consulares recientes, entre otras las convenciones concertadas por el Reino Unido con Norugea, el 22 de febrero de 1951 (art. 6); con Francia, el 31 de diciembre de 1951 (art. 3, párr. 6); con Suecia, el 14 de marzo de 1952 (art. 6); con Grecia, el 17 de abril de 1953 (art. 6); con México, el 20 de marzo de 1954 (art. 4, párr. 1); con Italia, el 1.º de junio de 1954 (art. 4) y con la República Federal de Alemania el 30 de junio de 1956 (art. 4, párr. 1).

6) Desde luego, la libertad de designar al personal consular que se establece en el artículo 21 no supone en modo alguno la exención de las formalidades de visado en el Estado de residencia, cuando la entrada en el territorio de este último está sujeta a la concesión de un visado.

Artículo 22

Número de miembros del consulado

A falta de acuerdo expreso sobre el número de miembros del personal consular, el Estado de residencia puede negarse a aceptar que ese número exceda los límites de lo que sea prudencial y normal según las circunstancias y condiciones de la circunscripción consular y las necesidades del consulado de que se trate.

Comentario

1) El Relator Especial no incluyó esta disposición en su proyecto original (A/CN.4/L.86), por estimar que la cuestión a que se refiere el párrafo 1 del artículo 10 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas no se plantea respecto de los consulados cuyo personal, de ordinario, es mucho menos numeroso.

2) No obstante, la mayoría de los miembros de la Comisión, aunque consideró que existen al respecto diferencias de orden práctico entre las misiones diplomáticas y los consulados, estimó conveniente reconocer la competencia del Estado de residencia para resolver la cuestión del número de miembros del consulado y, por lo tanto, que era oportuno seguir a este respecto el texto del artículo 10 del proyecto sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

3) Este artículo se refiere al caso en que el Estado de residencia estima que el número de miembros del personal consular ha aumentado exageradamente. Si el Estado de residencia estima que este personal es demasiado numeroso, debe tratar ante todo de llegar a un acuerdo con el Estado que envía. Si no lo logra, debe tener, según la opinión de la Comisión, el derecho a limitar el número de miembros del personal consular del Estado que envía.

4) Ello no obstante, el derecho del Estado de residencia no es absoluto. Dicho Estado debe tener en cuenta no sólo las circunstancias de la circunscripción consular sino, también, las necesidades del consulado de que se trate, o sea, criterios objetivos, de los cuales el más importante es el de las necesidades del consulado. Toda decisión del Estado de residencia cuyo objeto sea limitar el número del personal consular debe corresponder, si se aplican los dos criterios mencionados en el presente artículo, a lo que sea prudencial y normal.

Artículo 23

Persona declarada no aceptable

1. El Estado de residencia puede, en cualquier momento, comunicar al Estado que envía que un miembro del personal consular no es aceptable. El Estado que envía retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en el consulado, según el caso.

2. Si el Estado que envía se niega a ejecutar o no ejecuta en un plazo prudencial las obligaciones que le incumben a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, el Estado de residencia puede negarse a reconocer a esa persona como miembro del personal consular.

Comentario

1) Este artículo, que se refiere exclusivamente al personal consular, reconoce al Estado de residencia el derecho a declarar en cualquier momento no aceptable a un miembro del personal consular. Según los casos, el Estado que envía está obligado entonces a retirar a esta persona o a poner término a sus funciones.

2) La disposición del párrafo 1 se refiere a dos situaciones distintas que pueden presentarse. Ante todo, cuando se trata de un funcionario consular o de un empleado del consulado recientemente nombrado, el Estado de residencia, en el momento en que conoce de este nombramiento y, en particular, cuando se le comunica el nombramiento, puede informar al Estado que envía, si tiene objeciones respecto de la persona nombrada para el consulado, que esa persona no es aceptable. De ser del caso, puede hacerlo aun antes de que el interesado llegue al país para asumir sus funciones en el consulado. En cambio, cuando se trata de un miembro del personal consular que está ejerciendo sus funciones en el Estado de residencia, éste puede solicitar del Estado que envía que retire a esa persona o que ponga término a sus funciones. Esta última frase se refiere especialmente al caso en que el interesado sea nacional del Estado de residencia y, asimismo, a aquel en que, aunque sea nacional del Estado que envía, residía de manera permanente en el territorio del Estado de residencia antes de ser nombrado para el consulado del Estado que envía.

3) La expresión « persona no aceptable » empleada en este artículo corresponde a la expresión « *persona non grata* » que se utiliza de ordinario cuando se trata del personal diplomático.

4) Si el Estado que envía se niega a cumplir o no cumple en un plazo prudencial la obligación prevenida en el párrafo 1, el párrafo 2 establece que el Estado de residencia puede negarse a reconocer a la persona de que se trate como miembro del personal consular. Esto quiere decir que dicha persona deja de gozar de todos los privilegios e inmunidades consulares, salvo en el ejercicio de sus funciones oficiales, y que, según el caso, puede ser expulsada del territorio del Estado de residencia.

5) Al igual que en el proyecto sobre privilegios e inmunidades diplomáticas (artículos 8), el artículo no dice si, al declarar no aceptable a un miembro del personal consular, el Estado de residencia debe motivar su decisión. Este silencio sólo puede interpretarse en el sentido de que la comunicación de los motivos queda al arbitrio del Estado de residencia.

6) No obstante, el Estado de residencia no debe declarar no aceptable a un miembro del personal consular sin tener razón suficiente para hacerlo, aunque en el texto no haya ninguna disposición a este respecto. En efecto, sería contrario a las obligaciones que asume el Estado de residencia al dar su consentimiento para que se establezca dicho consulado en su territorio, declarar arbitrariamente no aceptable a un miembro del personal consular o a todos los miembros de ese personal.

7) En la redacción primitiva propuesta por el Relator Especial, este artículo precisaba que el derecho prevenido en el párrafo 1 puede ejercerse cuando la conducta de un miembro del personal consular deje mucho

que desear. Esta condición figura en ciertas convenciones consulares y se justifica por el hecho de que, por lo común, los consulados tienen un personal mucho menos numeroso que las misiones diplomáticas. Por esto, el retiro forzoso de un miembro del personal consular puede obstar de modo mucho más grave el ejercicio de las funciones consulares que el retiro de un miembro de una misión diplomática el de las funciones de la misión.

8) Sin embargo, varios miembros de la Comisión hicieron objeciones en cuanto a que se estableciera esa condición que, a su parecer, era exagerada. Algunos de esos miembros estimaron en particular que la obligación contenida en el texto propuesto y según la cual el Estado de residencia debía indicar las razones por las cuales la conducta de un miembro del consulado deja mucho que desear, no convenía ni a los dos Estados interesados ni a los funcionarios o empleados a los que se aplicara esa medida. En cuanto a los miembros del consulado, se estimó preferible seguir el mismo procedimiento que establece el artículo 8 del proyecto sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. Para facilitar un acuerdo sobre este punto, el Relator Especial retiró las palabras « cuyas conducta deja mucho que desear ».

Artículo 24

Notificación de la llegada y de la salida de los miembros del consulado, de los miembros de su familia y de los miembros del personal privado

1. Deberá notificarse al ministerio de relaciones exteriores del Estado de residencia o a la autoridad designada por éste :

a) **La llegada de los miembros del consulado después de su destinación al consulado, y también su salida definitiva o la terminación de sus funciones en el consulado;**

b) **La llegada y la salida definitiva de las personas pertenecientes a la familia de los miembros del consulado y, cuando haga al caso, el hecho de que una persona entre a formar parte de su familia o cese de pertenecer a su casa;**

c) **La llegada y la salida definitiva de los miembros del personal privado que se hallen al servicio de las personas indicadas en el apartado *a)* del presente párrafo y, cuando haga al caso, el hecho de que cesen de estar a su servicio.**

2. Análoga notificación se hará cada vez que se contrate o se destituya en el lugar a los miembros del personal consular.

Comentario

1) Este artículo impone al Estado que envía la obligación de notificar al Estado de residencia :

a) La llegada de los miembros del consulado después de su destinación al consulado;

b) Su partida o la terminación de sus funciones en el consulado;

c) La llegada de los miembros de la familia de los miembros del consulado;

d) La llegada del personal privado de dichos miembros del consulado;

e) El hecho de que las personas a que se refiere el apartado *c*) cesen de formar parte de la casa de los miembros del consulado;

f) El hecho de que los miembros del personal privado cesen de estar al servicio de los miembros del consulado;

g) El hecho de que se contrate o se destituya en el lugar a un miembro del personal consular.

2) Efectivamente, el Estado de residencia tiene interés en saber en todo momento quiénes son las personas que pertenecen al consulado del Estado que envía, ya que tales personas pueden, aunque en diferente medida, reclamar privilegios e inmunidades consulares.

3) Es preciso señalar que el goce de los privilegios e inmunidades consulares no está condicionado por la notificación, salvo cuando se trate de una persona que se encuentre en el territorio del Estado de residencia en el momento de su nombramiento o en el momento en que entre a formar parte de la casa de un miembro del consulado (artículo 51 del presente proyecto).

4) Salvo que la legislación del Estado de residencia disponga lo contrario, la notificación se dirige al ministerio de relaciones exteriores, el cual puede designar otra autoridad para que se le envíen las notificaciones previstas en el artículo 24.

5) La obligación que impone el presente artículo está compensada por el artículo 43, al menos en lo que se refiere a los miembros del consulado, los miembros de su familia y de su personal privado que no son nacionales del Estado de residencia, que establece la exención de las obligaciones referentes a la inscripción de extranjeros y a los permisos de residencia y de trabajo.

6) El presente artículo corresponde al artículo 9 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

SECCION II. TERMINACION DE LAS FUNCIONES CONSULARES

Artículo 25

Modos de terminación de las funciones

1. Las funciones de un jefe de oficina terminan, entre otros casos, en los siguientes :

a) **Retiro o destitución por el Estado que envía;**

b) **Retiro del exequátur;**

c) **Ruptura de las relaciones consulares.**

2. Las funciones de los demás funcionarios consulares terminan en esos mismos casos, salvo el que se indica en el apartado *b*) del párrafo 1 del presente artículo, y también cuando el Estado de residencia comunica, de conformidad al artículo 23, que da por terminadas esas funciones.

Comentario

1) Este artículo se refiere a los modos de terminación de las funciones de los miembros del consulado. La enumeración del párrafo 1 no es completa y sólo comprende los modos más corrientes de terminación de esas funciones. Puede haber otros como, por ejemplo, la defunción del funcionario o empleado consular,

la extinción del Estado que envía o la incorporación de la circunscripción consular en otro Estado. Los casos en los que terminan las funciones de un miembro del consulado se indican algunas veces en las convenciones consulares.

2) La distinción entre la terminación de las funciones del jefe de oficina y de las funciones de otros funcionarios consulares se justifica por la diferencia que existe en la forma de su nombramiento y en el modo de terminación de sus funciones.

Artículo 26

Mantenimiento de las relaciones consulares en caso de ruptura de las relaciones diplomáticas

La ruptura de las relaciones diplomáticas no acarrea *ipso facto* la ruptura de las relaciones consulares.

Comentario

Este artículo enuncia una norma de derecho internacional generalmente aceptada. Al aprobarlo, la Comisión reservó su decisión acerca del lugar que debe darse al artículo. Quedó entendido que se lo podrá agregar a las disposiciones del párrafo 2 del artículo 2, si la Comisión las aprueba.

Artículo 27

Derecho a salir del territorio del Estado de residencia y facilidades que han de concederse para la salida

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40, el Estado de residencia está obligado a permitir la salida de su territorio, incluso en caso de conflicto armado, de los miembros del consulado cuyas funciones hayan terminado, de los miembros de su familia y del personal privado que se halle a su servicio exclusivo.

2. El Estado de residencia concederá a todas las personas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo las facilidades necesarias para salir de su territorio en cuanto estén listas para hacerlo. Está obligado a protegerlas hasta el momento de su partida. En caso de necesidad, debe poner a su disposición los medios de transporte indispensables para ellas y para sus efectos personales.

3. Las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo no se aplican cuando el miembro del consulado sea destituido en el lugar de residencia por el Estado que envía.

Comentario

1) En lo pasado, muchas veces se ha impedido a los cónsules que salgan del territorio al terminar sus funciones, especialmente en caso de conflicto armado. Incluso como una cuestión de doctrina se ha puesto en duda su derecho a salir del territorio después de terminadas sus funciones, en caso de conflicto armado. Por este motivo, la Comisión creyó indispensable enunciar en el párrafo 1 del presente artículo el derecho del Estado que envía a que los miembros de sus consulados, los miembros que la familia de éstos y el personal privado que se halle a su servicio exclusivo puedan salir del territorio del Estado de residencia.

2) La expresión « en cuanto estén listas para hacerlo » en el párrafo 2 del presente artículo debe interpretarse en el sentido de que el Estado de residencia está obligado a conceder a las personas mencionadas en este artículo el tiempo necesario para preparar su partida y disponer el transporte de sus bienes y efectos personales.

3) Este artículo corresponde al artículo 42 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. Fue necesario incluir en este artículo disposiciones más expresas y detalladas debido a las diferencias que existen entre la situación jurídica de los miembros de la misión diplomática y la de los funcionarios y empleados consulares.

4) En virtud de lo dispuesto en el artículo 50 del presente proyecto, este artículo no se aplica a las personas que son nacionales del Estado de residencia.

Artículo 28

Protección de los locales y archivos consulares y de los intereses del Estado que envía

1. En caso de ruptura de las relaciones consulares entre el Estado que envía y el Estado de residencia :

***a)* El Estado de residencia está obligado a respetar y a proteger, incluso en caso de conflicto armado, los locales consulares, los bienes que allí se hallen y también los archivos consulares;**

***b)* El Estado que envía puede confiar la custodia de los locales consulares, de los bienes que allí se hallen y de los archivos consulares, a los consulados o a la misión diplomática de un tercer Estado aceptable para el Estado de residencia;**

***c)* El Estado que envía puede confiar la protección de sus intereses a los consulados o a la misión diplomática de un tercer Estado aceptable para el Estado de residencia.**

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se aplican asimismo cuando un consulado del Estado que envía se clausure de modo temporal o definitivo, y el Estado que envía no tenga misión diplomática ni otro consulado en el Estado de residencia.

3. Cuando el Estado que envía, que no está representado en el Estado de residencia por una misión diplomática, tenga allí otro consulado, este último puede encargarse de la custodia de los archivos del consulado que se ha clausurado y, con el consentimiento del Estado de residencia, del ejercicio de las funciones consulares en la circunscripción de dicho consulado.

Comentario

1) En el caso previsto en el párrafo 2 del presente artículo, el Estado que envía puede confiar la custodia de los archivos consulares al consulado o a la misión diplomática de un tercer Estado aceptable para el Estado de residencia, a menos que decida evacuar esos archivos.

2) Cuando se clausure un consulado de modo temporal o definitivo en el Estado de residencia, se requerirá un nuevo acuerdo entre el Estado de residencia y el Estado que envía si se desea trasladar de modo temporal o definitivo las funciones consulares del consulado

clausurado a otro consulado del Estado que envía en el Estado de residencia.

3) Este artículo corresponde al artículo 43 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

CAPÍTULO II. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES CONSULARES

Artículo 29

Uso de la bandera nacional y del escudo del Estado

1. El consulado tiene derecho a enarbolar la bandera nacional y a poner el escudo del Estado con una inscripción designando el consulado en el edificio del consulado y sobre su puerta de entrada o cerca de ella.

2. El jefe de oficina tiene derecho a enarbolar la bandera nacional en sus medios de transporte personales.

Comentario

1) Esta regla enuncia ante todo el derecho a enarbolar la bandera nacional en el edificio del consulado y a colocar el escudo del Estado con una inscripción que designe al consulado en el mismo edificio y sobre su puerta de entrada o cerca de ella. Este derecho, del cual es titular el Estado que envía, está reconocido en muchas convenciones consulares y se lo debe considerar como fundado en una regla de derecho internacional consuetudinario. Se admite generalmente que la inscripción que figure en el escudo del Estado que envía puede hacerse asimismo en el idioma oficial o en uno de los idiomas oficiales de dicho Estado.

2) En el caso en que todo el edificio se utilice para los fines del consulado, la bandera nacional puede enarbolarse no sólo en el edificio, sino también en el recinto del consulado. El derecho a usar la bandera nacional está consagrado por muchas reglamentaciones nacionales.

3) Del examen de las convenciones consulares se deduce que un gran número de Estados reconoce el derecho del jefe de la oficina consular a enarbolar la bandera nacional en sus medios de transporte. Por tanto, cabe considerar que esta práctica establece una regla de derecho internacional general. Como se deduce del mismo texto del artículo, debe tratarse de medios de transporte privados, como los automóviles, las embarcaciones de todo género que utilice exclusivamente el jefe de la oficina consular, los aviones pertenecientes al consulado, etc. No podrá invocarse tal derecho cuando el jefe de la oficina consular utilice medios de transporte públicos (trenes, buques y barcos, aviones de líneas comerciales).

4) Además del jefe de oficina que ha recibido el exequátur (artículo 13), o el reconocimiento provisional (artículo 14), goza del privilegio previsto en el párrafo 3 del presente comentario el jefe interino del consulado (artículo 16).

5) La reglamentación que aplican ciertos Estados en cuestiones consulares prevé el empleo por sus cónsules de un banderín consular. Debe interpretarse que el artículo 29 se aplica asimismo a este caso.

6) La obligación que se impone al Estado de residencia de permitir el uso de la bandera nacional del Estado que envía lleva implícita la obligación de garantizar la protección de dicha bandera. En algunas convenciones se establece la inviolabilidad de las banderas del consulado (por ejemplo, la Convención de Caracas de 1911, artículo III, párrafo 1).

7) Se planteó respecto de este artículo la cuestión de saber cuál será la relación entre sus disposiciones, una vez aprobadas e incluidas en una convención multilateral, y las legislaciones nacionales. Algunos miembros de la Comisión quisieron evitar una redacción que pueda interpretarse en el sentido de que impone al Estado de residencia la obligación de hacer que prevalezca el derecho del Estado que envía, enunciado en el artículo 29, incluso contra la voluntad del propietario del edificio en que se halle el consulado, y estimaron que la obligación del Estado de residencia no puede llegar al extremo de garantizar el ejercicio de este derecho en todos los casos. Se opusieron a este parecer quienes opinaban que el Estado que acepta una obligación internacional tiene que poner en vigor normas de derecho interno tendientes a garantizar el cumplimiento de la obligación internacional que ha contraído. Otros miembros de la Comisión, sin pronunciarse respecto de esta cuestión, estimaron que no presenta ninguna dificultad en la práctica, puesto que se la puede resolver en el contrato de alquiler. Por estas razones, la Comisión no creyó necesario examinar el problema de la relación entre las convenciones internacionales y el derecho interno y que se estudiará y resolverá cuando se examine el derecho de los tratados.

8) Este artículo corresponde al artículo 18 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

SECCION I. LOCALES Y ARCHIVOS CONSULARES

Artículo 30

Locales

El Estado que envía tiene derecho a obtener en el territorio del Estado de residencia, de conformidad con el derecho interno de éste, los locales necesarios para el consulado. El Estado de residencia está obligado a facilitar, en la medida de lo posible, la obtención de locales adecuados para el consulado.

Comentario

1) El derecho a obtener en el territorio del Estado de residencia los locales necesarios para el consulado deriva del acuerdo en cuya virtud ha dado el Estado de residencia su asentimiento al establecimiento de un consulado. La referencia que se hace en el texto del artículo al derecho interno del Estado de residencia significa que el Estado que envía no puede obtener los locales más que en las formas previstas por el derecho interno del Estado de residencia. Con todo, el derecho interno de un Estado puede contener disposiciones que prohiban adquirir la propiedad de un inmueble tanto a un extranjero como a un Estado extranjero, de modo que el Estado que envía tendrá que alquilar un inmueble. Aun en ese caso, el Estado que envía puede encontrar

dificultades de derecho o de hecho. Por esta razón, la Comisión ha incluido en el proyecto un artículo que impone al Estado de residencia la obligación de facilitar, en la medida de lo posible, la obtención de locales adecuados para el consulado del Estado que envía. Esta obligación no se aplica a la vivienda de los miembros del personal consular, pues esto sería imponer una carga demasiado pesada al Estado de residencia.

2) En comparación con el artículo 19 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, se ha modificado la redacción de este artículo, a fin de no imponer una carga demasiado pesada al Estado de residencia, en los casos en que en su territorio haya muchos consulados, y a fin de tener en cuenta que los Estados prefieren alquilar antes que adquirir locales para las necesidades de sus consulados.

Artículo 31

Inviolabilidad de los locales consulares

1. Los locales consulares son inviolables. Los agentes del Estado de residencia no pueden penetrar en ellos, salvo con el consentimiento del jefe de oficina.

2. El Estado de residencia tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger los locales consulares contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad del consulado o se atente contra su dignidad.

3. Los locales consulares y su mobiliario no pueden ser objeto de ningún registro, requisa, embargo e medida de ejecución.

Comentario

1) Los locales consulares comprenden el inmueble o la parte de un inmueble que se utilice para las necesidades de un consulado. Poco importa que el inmueble sea propiedad del Estado que envía o de un tercero que actúe en su nombre o que los locales consulares se utilicen en virtud de un contrato de alquiler. Si el consulado utiliza todo un edificio, los locales consulares comprenden asimismo el terreno que rodee al edificio y sus dependencias, incluido el jardin cuando lo haya. Efectivamente, las dependencias forman un todo con el edificio y se les aplica el mismo régimen jurídico. No cabe admitir respecto de tales dependencias un régimen jurídico diferente del que se aplica al inmueble del cual forman parte.

2) La inviolabilidad de los locales consulares es una prerrogativa que se reconoce al Estado que envía por el hecho de hallarse en ellos el consulado.

3) El artículo define dos obligaciones del Estado de residencia. Este debe, por una parte, prohibir que sus agentes penetren en los locales consulares, salvo con el consentimiento previo del jefe de la oficina (párrafo 1). Además, tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger los locales consulares contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad del consulado o que se atente contra su dignidad (párrafo 2). La expresión « la obligación especial » tiene por objeto subrayar que el Estado de residencia está obligado a adoptar medidas que exceden las que normalmente adopta para cumplir su función general de garantizar el orden público.

4) En el párrafo 3 del artículo se precisa que no se permite la entrada en los locales consulares, incluso cuando se trate de ejecutar una orden dada por una autoridad judicial o administrativa. Garantiza que los locales consulares, incluidos su mobiliario e instalaciones, no pueden ser objeto de registro, requisa, embargo o medida de ejecución. Desde luego, esta inmunidad se extiende asimismo a las requisas y alojamientos militares.

5) Si el consulado utiliza locales alquilados, se admiten las medidas de ejecución contra el propietario particular, pero únicamente en la medida en que no sea necesario penetrar en los locales consulares.

6) La inviolabilidad de los locales consulares subsiste incluso en el caso de ruptura de las relaciones consulares o de clausura definitiva o temporal del consulado en virtud del artículo 28 del presente proyecto.

7) Este artículo adopta *mutatis mutandis* el texto del artículo 20 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

8) El principio de la inviolabilidad de los locales consulares está reconocido en muchas convenciones consulares, entre las cuales procede citar las siguientes: Cuba y Países Bajos, 31 de diciembre de 1913 (art. 5); Albania y Francia, 5 de febrero de 1920 (art. 6); Checoeslovaquia e Italia, 1.º de marzo de 1924 (art. 9); España y Grecia, 23 de septiembre de 1926 (art. 9); Polonia y Yugoeslavia, 6 de marzo de 1927 (art. VIII); Alemania y Turquía, 28 de mayo de 1929 (art. 6); Costa Rica y Estados Unidos de América, 12 de enero de 1948 (art. VI); España y Filipinas, 20 de mayo de 1948 (art. IX, párr. 2); convenciones consulares concertadas por el Reino Unido con Noruega, 22 de febrero de 1951 (art. 10, párr. 4), Francia, 31 de diciembre de 1951 (art. 11, párr. 1), Suecia, 14 de marzo de 1952 (art. 10, párr. 4), Grecia, 17 de abril de 1953 (art. 10, párr. 3), México, 20 de marzo de 1954 (art. 10, párr. 3), República Federal de Alemania, 30 de julio de 1956 (art. 8, párr. 3); convenciones consulares concertadas por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas con la República Popular Húngara, 24 de agosto de 1957 (art. 12, párr. 2), República Popular Mongola, 28 de agosto de 1957 (art. 13, párr. 2), República Popular Rumana, 4 de septiembre de 1957 (art. 9, párr. 2), República Popular de Albania, 18 de septiembre de 1957 (art. 3, párr. 2), República Popular de Bulgaria, 16 de diciembre de 1957 (art. 13, párr. 2), República Federal de Alemania, 25 de abril de 1958 (art. 14, párr. 3), Austria, 28 de febrero de 1959 (art. 13, párr. 4), República Democrática de Viet-Nam, 5 de junio de 1959 (art. 13, párr. 2), República Popular de China, 23 de junio de 1959 (art. 13, párr. 2), convención consular de 23 de mayo de 1957 entre Checoeslovaquia y la República Democrática Alemana (art. 5, párr. 2); la convención de La Habana de 1928 relativa a los agentes consulares reconoce asimismo la inviolabilidad de los locales consulares (art. 18).

9) En ciertas convenciones consulares bilaterales se reconoce también la inviolabilidad del domicilio del cónsul. La legislación de unos pocos países confiere asimismo inviolabilidad al domicilio del cónsul.

Artículo 32

Exención fiscal por los locales consulares

El Estado que envía y el jefe de oficina están exentos de todos los impuestos y contribuciones exigibles por el Estado de residencia o por cualquier autoridad territorial o local, por los locales consulares de que son propietarios o inquilinos, salvo de los impuestos o contribuciones exigibles en pago de determinados servicios prestados.

Comentario

1) La exención prevista en el artículo 32 se refiere a los impuestos y contribuciones que sin ella serían exigibles con arreglo a la legislación del Estado de residencia por los locales consulares de los que el Estado que envía o el jefe de la oficina consular sean propietarios o inquilinos. La exención se refiere a los impuestos y contribuciones exigibles sobre el contrato de venta o el de arrendamiento, y también a los exigibles sobre los inmuebles o los alquileres.

2) La exención prevista en este artículo es de carácter real y se refiere al inmueble comprado o alquilado por el Estado que envía, sea a nombre del Estado que envía o del jefe de la oficina consular. En efecto, si se interpreta esta disposición en el sentido de que confiere definitivamente la exención fiscal sólo al Estado que envía o al jefe de la oficina consular pero no al inmueble como tal, el propietario puede hacer recaer tales impuestos y contribuciones sobre el Estado que envía o el jefe de la oficina, valiéndose para ello del contrato de venta o de arrendamiento, lo cual anularía en la práctica la finalidad de esta norma.

3) La expresión « cualquier autoridad territorial o local » se entenderá que se refiere a cualquiera de las divisiones territoriales o políticas del Estado, tales como estado (en los Estados federales), república autónoma, cantón, provincia, región, departamento, distrito, municipio, etc.

4) La excepción de que es objeto esta exención en la última frase del artículo, se refiere a los impuestos y contribuciones exigibles por determinados servicios. Se trata especialmente del impuesto sobre los aparatos de radio o televisión, las contribuciones por consumo de agua, electricidad, gas, etc.

5) El artículo adopta *mutatis mutandis* el texto del artículo 21 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

Artículo 33

Inviolabilidad de los archivos consulares, de los documentos y de la correspondencia oficial del consulado

La correspondencia oficial, los archivos y los documentos del consulado son inviolables.

Comentario

1) Este artículo enuncia una de las reglas esenciales consagradas por el derecho internacional consuetudinario en materia de privilegios e inmunidades consulares. Es cierto que la inviolabilidad de los archivos consulares, de los documentos y de la correspondencia oficial del consulado (denominados en adelante papeles del consulado), está garantizada en parte por la inviolabilidad de los locales consulares, prevista en el artículo 31. Pero los papeles del consulado deben ser inviolables dondequiera que se encuentren, incluso cuando, por ejemplo, un miembro del consulado los lleva consigo o deben ser sacados del consulado con motivo de la clausura de éste o de una mudanza. Por estas razones y teniendo en cuenta la importancia de esta norma para el ejercicio de las funciones consulares, la Comisión creyó necesario enunciarla en un artículo separado.

2) Por « archivos consulares » se entienden los documentos y otras piezas de cancillería y todo mueble destinado a protegerlos (apartado *e*) del artículo 1).

3) El vocablo « documentos » designa toda pieza que no corresponda a la denominación de correspondencia oficial, por ejemplo, un memorándum preparado por el consulado. Es evidente que a los fines del presente artículo no pueden calificarse de documentos que gocen de inviolabilidad las partidas de registro civil extendidas por el cónsul (partidas de nacimiento, matrimonio, defunción) o los documentos extendidos por el cónsul en el ejercicio de sus funciones, tales como los manifiestos, puesto que se los entrega a las personas interesadas o a sus causahabientes para certificar determinados hechos jurídicos.

4) Por « correspondencia oficial » debe entenderse toda la correspondencia que envía el consulado y también la que le dirigen las autoridades del Estado que envía, del Estado de residencia o de un tercer Estado.

5) Este artículo corresponde al artículo 22 y al párrafo 2 del artículo 25 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. La Comisión creyó necesario agrupar en un solo artículo las disposiciones relativas a los archivos consulares, los documentos y la correspondencia oficial del consulado, no sólo por la semejanza de los objetos protegidos sino, además, teniendo en cuenta la condición jurídica de los funcionarios consulares que, a diferencia de los agentes diplomáticos, sólo gozan de una inviolabilidad personal limitada y están sujetos a la jurisdicción del Estado de residencia por todos sus actos, salvo los que ejecutan en el ejercicio de sus funciones oficiales.

6) Los papeles del consulado gozan de la inviolabilidad aun antes de que se otorgue el exequátur o la autorización especial al cónsul. En efecto, es una inmunidad que se reconoce al Estado que envía y no a la persona del funcionario consular.

SECCIÓN II. FACILIDADES CONCEDIDAS AL CONSULADO PARA SUS ACTIVIDADES Y LIBERTAD DE TRANSITO Y DE COMUNICACION

Artículo 34

Facilidades concedidas al consulado para su labor

El Estado de residencia concederá todas las facilidades para el ejercicio de las funciones consulares.

Comentario

1) Este artículo, que es análogo al texto del artículo 23 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, fue incluido en el proyecto porque

el consulado precisa de la asistencia del gobierno y de las autoridades del Estado de residencia tanto para su instalación como para su funcionamiento. En efecto, los cónsules no podrían ejercer convenientemente ninguna de las funciones especificadas a título de ejemplo en el artículo 4 sin la colaboración de las autoridades del Estado de residencia. Por lo demás, la obligación que impone a dicho Estado este artículo redunda también en su provecho, ya que el buen funcionamiento del consulado contribuye al fomento de las relaciones consulares entre los dos Estados interesados.

2) Es difícil definir las facilidades a que se refiere el presente artículo ya que ello depende de las circunstancias de cada caso particular. Cabe subrayar, sin embargo, que la obligación de conceder facilidades se limita a lo que sea razonable en cada caso.

Artículo 35

Libertad de tránsito

Sin perjuicio de sus leyes y reglamentos referentes a las zonas de acceso prohibido o reglamentado por razones de seguridad nacional, el Estado de residencia garantizará a todos los miembros del consulado la libertad de tránsito y de circulación en su territorio.

Comentario

El Relator Especial no propuso ningún artículo sobre la libertad de tránsito por estimar que no hacía falta, puesto que de ordinario la circunscripción consular es poco extensa y sólo rara vez comprende todo el territorio del Estado. Su conclusión se basaba en el análisis de las convenciones bilaterales qur no contienen disposiciones de este orden. Pero la mayoría de los miembros de la Comisión estimó que el consulado no podría ejercer convenientemente sus funciones si no se garantizaba a los miembros del consulado la misma libertad de tránsito que a los miembros de las misiones diplomáticas, y decidió la inclusión en el presente proyecto de una norma análoga a la que se enuncia en el artículo 24 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

Artículo 36

Libertad de comunicación

1. El Estado de residencia permitirá y protegerá la libre comunicación del consulado para todos los fines oficiales. Para comunicarse con el gobierno y con las misiones diplomáticas y los demás consulados del Estado que envía, dondequiera que radiquen, el consulado puede emplear todos los medios de comunicación apropiados, entre ellos los correos diplomáticos u otros correos especiales, la valija diplomática o consular y los mensajes en cifra.

2. Las valijas que contengan la correspondencia consular no deben ser abiertas ni retenidas.

3. Estas valijas, que deben ir provistas de signos exteriores visibles indicadores de su carácter, no pueden contener más que documentos u objetos de uso oficial.

Comentario

1) El artículo enuncia una libertad esencial para el ejercicio de las funciones consulares, la cual, junto con la inviolabilidad de los locales consulares y la de la correspondencia oficial, los archivos y los documentos del consulado, constituyen las normas fundamentales de todo derecho consular.

2) Según el párrafo 1, la libertad de comunicaciones debe concederse para « todos los fines oficiales ». Esta expresión se refiere a las comunicaciones con el gobierno del Estado que envía, con las autoridades de dicho Estado y, en especial con las misiones diplomáticas y los demás consulados de ese Estado, dondequiera que radique, con las misiones diplomáticas y los consulados de otros Estados y, por último, con las organizaciones internacionales.

3) En lo que se refiere a los medios de comunicación, el artículo establece que el consulado puede emplear todos los medios de comunicación apropiados, entre ellos los correos diplomáticos u otros correos especiales, la valija diplomática o consular y los mensajes en cifra. La Comisión elaboró el artículo fundándose en la práctica actual en la que se utilizan de ordinario los servicios de correos diplomáticos, es decir, los correos enviados por el ministerio de relaciones exteriores del Estado que envía o por una misión diplomática de dicho Estado. Estos correos diplomáticos mantienen la comunicación del consulado con la misión diplomática del Estado que envía o con un puesto intermedio encargado de reunir y distribuir el correo diplomático, con las autoridades del Estado que envía e incluso con las misiones diplomáticas y los consulados del Estado que envía en otros Estados. En este caso se aplican las normas que rigen el envío de correos diplomáticos y determinan la situación jurídica de éstos. La valija consular puede formar parte de la valija diplomática o ser transportada como una valija aparte que se hace constar en el despacho del correo diplomático. Este último procedimiento se utiliza preferentemente cuando la valija consular ha de entregarse en el trayecto a un consulado.

4) Pero puede suceder que, dado el lugar en que radica, un consulado se vea obligado a enviar un correo especial al lugar de la misión diplomática o incluso al territorio del Estado que envía, sobre todo si éste no tiene una misión diplomática en el Estado de residencia. El texto propuesto por la Comisión previene esta posibilidad. Dicho correo especial deberá ser protegido por el Estado de residencia como si se tratara de un correo diplomático. Goza de inviolabilidad personal y no puede ser detenido ni puesto en prisión. El correo especial irá provisto de un documento que certifique su calidad de correo especial.

5) La valija consular mencionada en el párrafo 1 del presente artículo puede ser definida como una valija (saco, carriel, bolsa, sobre o cualquier otro embalaje) que contiene documentos u objetos destinados a fines oficiales. La valija consular no debe ser abierta ni retenida. Esta norma enunciada en el párrafo 2 es la consecuencia lógica de la norma que establece la inviolabilidad de la correspondencia oficial, los archivos y los documentos del consulado enunciada en el artículo 33 del presente proyecto. Como se indica en el párrafo 3, la valija consular debe ir provista de signos exteriores visibles

indicadores de su cáracter, es decir, debe llevar una inscripción u otro signo exterior que permitan identificarla como una valija consular.

6) La libertad de comunicación comprende también los mensajes en cifra, es decir, los mensajes en lenguaje secreto y, desde luego, también los mensajes en clave, es decir, los mensajes en un lenguaje convencional pero no secreto, que se utilizan sobre todo por razones prácticas y en particular para ahorrar tiempo y dinero. Algunas convenciones consulares añaden que se aplican a los mensajes de los consulados las mismas tarifas que a los mensajes de las misiones diplomáticas. La Comisión prefirió no examinar por ahora esta cuestión por carecer de datos sobre la práctica de los Estados en la materia.

7) Debe responderse negativamente a la pregunta de si el artículo autoriza al consulado a instalar y utilizar aparatos de radiotelegrafía, Si el consulado desea instalar un aparato de radiotelegrafía, está obligado, en virtud de las convenciones internacionales sobre telecomunicaciones, a solicitar del Estado de residencia una licencia especial[16].

8) La correspondencia y las demás comunicaciones en tránsito, incluso los mensajes en cifra, gozan de la misma protección en los terceros Estados en conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 52 del presente proyecto. Los correos especiales gozan de la misma protección en los terceros Estados.

Artículo 37

Comunicación con las autoridades del Estado de residencia

1. En el ejercicio de las funciones definidas en el artículo 4, los cónsules pueten dirigirse a las autoridades que son competentes según la legislación del Estado de residencia.

2. Sin embargo, los cónsules no pueden dirigirse al ministerio de relaciones exteriores del Estado de residencia sino cuando el Estado que envía no tiene misión diplomática cerca de ese Estado.

3. El procedimiento de comunicación de los cónsules con las autoridades del Estado de residencia se regirá por los acuerdos internacionales aplicables en la materia y por la legislación y la práctica del Estado de residencia.

Comentario

1) Es un principio perfectamente reconocido de derecho internacional que, en el ejercicio de las funciones definidas en el artículo 4, los cónsules sólo pueden dirigirse a las autoridades locales. En la Comisión hubo divergencias acerca de cuáles son esas autoridades.

2) Teniendo en cuenta que el ejercicio de la competencia del consulado en relación al Estado de residencia está limitado a la circunscripción consular, como se ve por el apartado *c*) del artículo 1 y por el artículo 4 del presente proyecto, algunos miembros de la Comisión opinaron que los cónsules sólo pueden dirigirse a autoridades que no sean las de la circunscripción consular cuando se trata de servicios centralizados para todo el territorio del Estado o para una de sus divisiones territoriales y políticas, como sucede en muchos Estados con los servicios de inmigración o emigración y con las cámaras de comercio. Sostuvieron que, cuando sus gestiones ante las autoridades locales o ante los servicios centralizados no son atendidas, los cónsules pueden dirigirse al gobierno por conducto de la misión diplomática del Estado que envía, admitiendo que se dirija directamente a un ministerio del Estado de residencia sólo cuando el Estado que envía no tiene misión diplomática en el Estado de residencia.

3) Otros miembros opinaron, en cambio, que, cuando se trata de negocios propios de su circunscripción consular, los cónsules pueden dirigirse directamente a todas las autoridades del Estado de residencia, incluso las autoridades centrales, salvo al ministerio de relaciones exteriores. Sostuvieron que las limitaciones que en ese sentido imponen a los cónsules los reglamento del Estado de residencia son medidas de orden interno que no influyen en el derecho internacional.

4) El texto del artículo constituye una transacción entre esos dos pareceres, dejando al arbitrio del Estado de residencia el determinar cuáles son las autoridades competentes a las cuales pueden dirigirse los cónsules en el ejercicio de sus funciones, sin excluir por ello la posibilidad de que se dirijan a las autoridades centrales. El texto confiere a los cónsules incluso el derecho a dirigirse al ministerio de relaciones exteriores del Estado de residencia en el caso en que el Estado que envía no tenga misión diplomática cerca del Estado de residencia.

5) El párrafo 3 establece, de conformidad con la práctica de los Estados, que el procedimiento de comunicación de los cónsules con las autoridades del Estado de residencia se regirá por los acuerdos internacionales aplicables en la materia y por la legislación y la práctica del Estado de residencia. Así, por ejemplo, algunas legislaciones disponen que los cónsules que deseen dirigirse al gobierno del Estado de residencia deben hacerlo por conducto de su misión diplomática; y establecen que los cónsules de un Estado que no tiene representación diplomática en el Estado de residencia sólo pueden dirigirse a ciertos funcionarios del ministerio de relaciones exteriores y en casos bien definidos. Puede suceder también que el Estado de residencia establezca otros procedimientos que deberán observar los cónsules extranjeros.

6) Cabe señalar que el procedimiento de comunicación de los cónsules con las autoridades del Estado de residencia suele estar determinado por convenciones consulares. Así, por ejemplo, la convención consular de 1913 entre Cuba y los Países Bajos (artículo 6) y la convención consular entre Checoeslovaquia e Italia de 1924 (párrafo 4 del artículo 11), prevén que los cónsules sólo pueden dirigirse a las autoridades centrales por vía diplomática. La convención consular de 1923 entre Alemania y los Estados Unidos de América (artículo 21) concede únicamente al cónsul general o al funcionario consular que radica en la capital el derecho a dirigirse al gobierno. Otras convenciones autorizan al cónsul a comunicarse no sólo con las autoridades competentes de su circunscripción, sino, además, con los departamentos compe-

[16] Sir Gerald Fitzmaurice indicó que votaba por el informe, pero con una reserva respecto del párrafo 7 del comentario al artículo 36, porque en su opinión las disposiciones de las diversas convenciones de telecomunicaciones nada tienen que ver con el uso del denominado radiotransmisor-receptor diplomático.

tentes del gobierno central, pero sólo puede hacerlo cuando no hay en el Estado de residencia una misión diplomática del Estado que envía. Véanse, en particular, las convenciones consulares concertadas por el Reino Unido con Noruega en 22 de febrero de 1951 (párrafo 2 del artículo 19) y con Francia en 31 de diciembre de 1951 (párrafo 2 del artículo 24). Por último, otras convenciones autorizan al cónsul a comunicarse con los ministerios del gobierno actual, pero establecen que no podrá comunicarse directamente con el ministerio de relaciones exteriores sino cuando no haya una misión diplomática del Estado que envía. Véase la convención consular entre Grecia y el Reino Unido, de 17 de abril de 1958 (apartado *d*) del párrafo 1 del artículo 18).

Artículo 38

Percepción de derechos y aranceles consulares y su exoneración de impuestos o contribuciones

1. El consulado puede percibir en el territorio del Estado de residencia los derechos y aranceles que la legislación del Estado que envía determine para los actos consulares.

2. Ningún impuesto o contribución será exigible por el Estado de residencia ni por ninguna autoridad territorial o local sobre los derechos y aranceles consulares previstos en el párrafo 1 del presente artículo, o sobre los recibos que justifiquen su pago.

Comentario

1) Este artículo enuncia una norma de derecho internacional consuetudinario. En efecto, desde las épocas más remotas, los cónsules perciben por los servicios que prestan a sus nacionales derechos que, al principio, consistían en un porcentaje de la cantidad o del valor de las mercancías importadas por los puertos por sus nacionales. En la actualidad, todo Estado percibe por los actos oficiales del consulado los impuestos que fija su legislación. Como la percepción de derechos y aranceles consulares tiene que ver con el ejercicio de las funciones consulares, cabe advertir que está subordinada a la limitación general que se enuncia en la primera oración del párrafo 1 del artículo 4. Por esto, el consulado no puede percibir derechos por actos consulares que no estén admitidos por los presentes artículos ni por los demás acuerdos internacionales aplicables en la materia y que sean contrarios a la legislación del Estado de residencia.

2) El párrafo 2 del presente artículo consagra en esta esfera otra norma de derecho internacional consuetudinario, según la cual ningún Estado soberano puede ser sometido a la jurisdicción de otro Estado. Esta disposición enuncia que los ingresos procedentes de los derechos y aranceles que perciba el consulado por actos consulares están exentos de todo impuesto y contribución exigibles por el Estado de residencia o por una autoridad territorial o local de este Estado. Además, este párrafo reconoce que los recibos que extienda el consulado por el pago de derechos o aranceles consulares también están exentos de los impuestos y contribuciones exigibles por el Estado de residencia. Entre estos derechos figura principalmente el derecho de timbre que se exige en muchos países cuando se extiende un recibo.

3) La expresión « autoridad territorial o local » se refiere a todas las divisiones territoriales o políticas del Estado, tales como estado (en el Estado federal), república autónoma, cantón, provincia, región, comarca, departamento, distrito, municipio, etc.

4) En este artículo no se trata por ahora la cuestión de saber en qué medida los actos celebrados en el consulado entre particulares están exentos de los impuestos y contribuciones prevenidos por la legislación del Estado de residencia. Se dijo que estos actos sólo están sujetos a dichos impuestos y contribuciones cuando han de surtir efecto en el Estado de residencia. Se afirmó que no se justifica exigir en provecho del Estado de residencia derechos y aranceles por los actos concertados, por ejemplo, entre nacionales de dos Estados extranjeros y que deben surtir efecto jurídico en uno o más Estados extranjeros. Sin embargo, como la Comisión no disponía de datos suficientes sobre la práctica de los Estados, se limitó a señalar esta cuestión a la atención de los gobiernos, pidiéndoles información acerca de la solución que se le da en la legislación o en la práctica.

5) La exención fiscal de los miembros del consulado y de los miembros de su familia se reglamenta en el artículo 45.

SECCIÓN III. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES PERSONALES

Artículo 39

Protección especial y deferencia debida al cónsul

El Estado de residencia tiene la obligación de conceder al cónsul una protección especial en razón de su posición oficial y de tratarlo con la deferencia debida. Asimismo, debe adoptar las medidas prudenciales para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad y su dignidad.

Comentario

1) Debe considerarse que la regla en virtud de la cual el Estado de residencia tiene la obligación jurídica de conceder una protección especial al cónsul y de tratarle con deferencia forma parte del derecho internacional consuetudinario. Se funda en que, según la opinión generalmente aceptada hoy en día, el cónsul representa en la circunscripción consular al Estado que envía y en razón de su posición tiene derecho a una protección mayor de la que gozan los extranjeros que viven en el territorio del Estado de residencia. Tiene, asimismo, derecho a que se lo trate con la deferencia debida a los agentes de los Estados extranjeros.

2) La regla enunciada tiene por objeto garantizar al cónsul una protección que puede exceder de las prerrogativas previstas en los distintos artículos del presente proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades consulares. Se aplica principalmente a todas las situaciones que no están previstas y concede al cónsul el derecho a una protección especial aun en el caso en que sea objeto de vejaciones que no constituyan un atentado contra su persona, su libertad o su dignidad, a que se refiere la segunda oración del presente artículo.

3) La admisión del cónsul entraña para el Estado de residencia la obligación de garantizar su seguridad personal, especialmente en caso de tirantez entre el Estado de residencia y el Estado que envía. Por consiguiente, el Estado de residencia debe adoptar todas las medidas prudenciales para evitar atentados contra la persona, la libertad o la dignidad del cónsul. Debe protegerlo sobre todo contra las campañas calumniosas de la prensa.

4) De conformidad con las disposiciones del artículo 51, el cónsul goza de la protección especial prevista en el artículo 39 desde el momento en que penetra en el territorio del Estado de residencia para tomar posesión de su cargo o, si se encuentra ya en ese territorio, en cuanto se comunica su nombramiento al ministerio de relaciones exteriores o a la autoridad designada por éste.

5) El artículo 27 del presente proyecto reglamenta la protección del cónsul una vez terminadas sus funciones.

6) La expresión « medidas prudenciales » debe interpretarse según las circunstancias de cada caso y comprende todas las medidas que el Estado de residencia pueda tomar según sus posibilidades materiales y según la situación de hecho que exista en el lugar en que radique el cónsul o el consulado.

7) La regla codificada en este artículo la consagran muchas convenciones consulares. Entre las más recientes pueden citarse las concertadas por el Reino Unido con Noruega el 22 de febrero de 1951 (art. 5, párr. 2); con Grecia, el 17 de abril de 1953 (art. 5, párr. 2); con México, el 20 de marzo de 1954 (art. 5, párr. 2); con Italia, el 1.º de junio de 1954 (art. 5, párr. 2); las convenciones concertadas por la Unión Soviética con la República Federal de Alemania el 25 de abril de 1958 (art. 7), con la República Popular de China el 23 de junio de 1959 (art. 5) y otras convenciones consulares.

Artículo 40

Inviolabilidad personal

1. Los funcionarios consulares que no son nacionales del Estado de residencia y que no ejercen ninguna actividad privada lucrativa no pueden ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito que pueda ser sancionado con una pena de prisión máxima de al menos cinco años [variante : « sino cuando se trate de un delito grave »].

2. Salvo el caso previsto en el párrafo 1 del presente artículo, los funcionarios a que se refiere dicho párrafo no pueden ser puestos en prisión o sometidos a cualquier otra limitación de su libertad personal sino en ejecución de una sentencia firme que les condene a una pena de prisión de al menos dos años.

3. En el caso de que se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste está obligado a comparecer ante las autoridades competentes. No obstante, las diligencias se practicarán con la deferencia debida al funcionario consular por su posición oficial y, salvo en el caso previsto en el párrafo 1 del presente artículo, de manera de obstar lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares.

4. En caso de detención o de prisión preventiva de un miembro del personal consular o de que se le instruya un procedimiento penal, el Estado de residencia está obligado a poner el hecho en conocimiento del jefe de la oficina consular. Pero si estas medidas se dirigen contra este último, el Estado de residencia debe poner el hecho en conocimiento del representante diplomático del Estado que envía.

Comentario

1) El objeto de este artículo es reglamentar la cuestión de la inviolabilidad personal de los cónsules, cuestión controvertida tanto en doctrina como en la práctica de los Estados, desde la época en que los cónsules dejaron de ser ministros públicos y fueron sometidos a la jurisdicción del Estado en que ejercen sus funciones. La jurisprudencia de los tribunales de muchos Estados de Europa y de América, después del asunto Barbuit en el que un tribunal inglés se negó, en 1737, a reconocer la inmunidad de jurisdicción a un cónsul (agente de comercio) del Rey de Prusia, no admite la inviolabilidad personal de los cónsules.

2) Para reaccionar contra esta práctica, los Estados han tratado de obtener para sus cónsules la inviolabilidad personal mediante convenciones, insertando la cláusula de « inmunidad personal » en las convenciones consulares. La práctica de insertar la cláusula de inmunidad personal se ha generalizado mucho desde la Convención de El Pardo firmada el 13 de marzo de 1769 entre España y Francia, en la que se estipula que los cónsules de las dos partes contratantes gozarán de la inmunidad personal, sin que puedan ser arrestados ni llevados a prisión salvo por delitos atroces o en el caso de que dichos cónsules sean negociantes (art. II).

3) La cláusula de inmunidad personal se interpretó durante mucho tiempo de manera muy diversa. Algunos tratadistas han querido ver en ella una verdadera exención de la jurisdicción civil y penal, salvo el caso en que al cónsul se le impute un delito. Otros, en cambio, han tratado de interpretarla como una exención de la detención y de la prisión preventivas, salvo en caso de delito, y como la exoneración de la prisión por deudas en materia civil. La jurisprudencia de los tribunales, que al principio discrepaba en cuanto al sentido que debe darse a la expresión « inmunidad personal », la ha interpretado en el sentido de inviolabilidad personal y no de inmunidad de jurisdicción.

4) El análisis de las convenciones consulares más recientes permite ver que los Estados, aunque afirman que los cónsules están sometidos a la jurisdicción del Estado de residencia, reconocen su inviolabilidad personal, salvo en el caso de delito grave. Aunque haya unas pocas convenciones [por ejemplo, la Convención del 12 de enero de 1948 entre Costa Rica y los Estados Unidos de América (art. II)] que eximen al cónsul no sólo de la detención, sino, también, del enjuiciamiento, salvo en caso de delito, un gran número de convenciones contemporáneas se limita a conceder a los cónsules únicamente la exención de detención o de prisión o de toda limitación de la libertad personal, salvo en el caso de una infracción cuya gravedad se encuentra, por regla general, definida en las convenciones.

5) Algunas convenciones establecen la exención sólo de la detención y la prisión preventiva, mientras que en

otras la exención es general y comprende todas las formas de detención y encarcelamiento.

6) Aparte el diferente alcance de las convenciones a que se refiere el párrafo anterior, sólo hay diferencias en cuanto a la determinación de las infracciones por las que no se admite la inviolabilidad personal. Algunas convenciones que reconocen la inviolabilidad personal hacen una excepción en el caso de « infracciones penales graves »; un número mucho mayor sólo admite la detención de los cónsules cuando se les imputen actos delictivos que la legislación penal del Estado de residencia califica de delitos y castiga como tales. A veces, la calificación de la infracción por la cual no se reconoce la inviolabilidad está determinada por el tipo de pena aplicable (pena de muerte o de reclusión). En otros casos, se recurre a la enumeración de los delitos a los cuales no se aplica la inviolabilidad. En fin, un grupo importante de convenciones bilaterales emplea como criterio para definir los casos en que se permite la detención de los cónsules la duración de la pena que según la legislación del Estado de residencia corresponde a la infracción cometida. A veces, inclusive la calificación del delito o la duración de la pena se fijan de un modo distinto para cada una de las partes contratantes.

7) Algunas convenciones consulares admiten la detención y la prisión preventiva sólo con la doble condición de que se trate de infracciones especialmente graves, definidas en la convención respectiva, y de que los funcionarios consulares hayan sido sorprendidos en flagrante delito.

8) Cuando las convenciones se limitan a reconocer a los cónsules la exención de prisión « preventiva », salvo en caso de delito, a veces contienen disposiciones en las que se estipula que los cónsules o funcionarios consulares de carrera no pueden ser detenidos, ni como medida preventiva, ni en ejecución de una sentencia en negocios civiles o comerciales, ni por contravenciones ni como sanción por infracciones que son objeto de un procedimiento administrativo. Otras convenciones excluyen expresamente la detención en materia civil y comercial.

9) Las disposiciones sobre inmunidad personal están limitadas *ratione personae* en el sentido de que:

a) Las convenciones generalmente excluyen del beneficio de la cláusula que reconoce la inviolabilidad personal a los funcionarios consulares que son nacionales del Estado de residencia, y

b) Excluyen de la exención de prisión por deudas a los funcionarios consulares que se dedican al comercio.

10) En cuanto a la cuestión de saber cuáles son las personas que gozan de inviolabilidad, las convenciones la resuelven de diferentes maneras. Algunas convenciones únicamente reconocen la inviolabilidad personal a los cónsules (*consular officers*); otras la conceden igualmente a los demás funcionarios consulares y algunas la extienden inclusive a ciertas categorías de empleados de consulado.

11) La Comisión estimó que, a pesar de las divergencias sobre la cuestión técnica relativa a la definición de las infracciones por las cuales no puede admitirse la inviolabilidad personal, existe, en cuanto al fondo, un acuerdo suficiente en la práctica de los Estados sobre a cuestión de la inviolabilidad personal de los funcionarios consulares, como para que se pueda esperar que los Estados acepten el principio de este artículo.

12) Los párrafos 1 a 3 del presente artículo sólo se refieren a los funcionarios consulares, es decir, a los jefes de oficina y a los demás miembros del consulado que ejercen una función consular en el Estado de residencia (apartado *h*) del art. 1). En consecuencia, la inviolabilidad personal no se aplica a los empleados de los consulados. Además, sólo los funcionarios consulares que no son nacionales del Estado de residencia y que no ejercen ninguna actividad privada lucrativa gozan de la inviolabilidad personal prevenida en este artículo.

13) Según el párrafo 1 del presente artículo, los funcionarios consulares a los que él se refiere gozan de una inmunidad general en cuanto a la detención y la prisión preventiva por todas las infracciones poco graves. La dificultad está en determinar las infracciones por las cuales no debe concederse la inviolabilidad. La Comisión se dio cuenta de que ninguno de los métodos que podía adoptar para definir estas infracciones sería satisfactorio. Por esto propone en el texto del párrafo 1 dos soluciones. Según la primera, la exención de detención y de prisión preventiva no se concede por las infracciones que, según la legislación del Estado de residencia, pueden ser sancionadas con una pena de prisión máxima de al menos cinco años. La segunda variante admite la detención y la prisión preventiva por todas las infracciones graves. La expresión « pena de prisión » se refiere a todas las formas de la pena, que difieren según las legislaciones nacionales (prisión, reclusión, trabajos forzados, etc.).

14) El párrafo 2 del artículo dispone que los funcionarios consulares, salvo en el caso de detención o de prisión preventiva prevenido en el párrafo 1 de dicho artículo, gozan de inviolabilidad personal en todos los casos, a menos que se trate de la ejecución de una sentencia firme que les condene a una pena de prisión de al menos dos años. En virtud de esta disposición, los funcionarios consulares:

a) No pueden ser encarcelados en ejecución de una condena si la pena impuesta por el tribunal es inferior a dos años;

b) No pueden ser encarcelados en ejecución de una decisión del tribunal que no sea una sentencia (por ejemplo, por un simple auto dictado durante el procedimiento), y menos aún en ejecución de una simple decisión administrativa;

c) No pueden ser objeto de ninguna otra limitación de la libertad personal, como, por ejemplo, una vía de apremio que entrañe una limitación de la libertad personal (prisión por deudas, prisión destinada a obligar al deudor a que cumpla un acto en el cual no puede ser sustituido, etc.).

15) En consecuencia, el presente artículo excluye la detención y el encarcelamiento del funcionario consular por infracciones poco graves. El encarcelamiento de un cónsul o de otro funcionario consular obsta considerablemente el funcionamiento del consulado y vuelve difícil el desempeño de sus actividades ordinarias, lo que es tanto más grave cuanto que el despacho de un gran número de asuntos confiados al consulado no debe sufrir dilación (expedición de visados, pasaportes y otros documentos de viaje, legalización de firmas de documentos y de facturas comerciales, actividades

diversas en cuestiones marítimas, etc.). Tal medida no sólo perjudicaría al Estado que envía, sino, también, al Estado de residencia y alteraría gravemente las relaciones consulares entre los dos Estados. Es difícil admitir que pueda interrumprise o perturbarse gravemente el funcionamiento de un consulado en cualquier momento por la intervención de las jurisdicciones locales por cualquier infracción, aunque sea mínima.

16) La Comisión no pudo hacer suyo el argumento de que la condena dictada por un tribunal del Estado de residencia carecería totalmente de sentido si, en virtud del presente artículo, no se la pudiera ejecutar. Ante todo, cabe señalar que el mismo argumento se aplica a los casos excepcionales en que los agentes diplomáticos están sujetos a la jurisdicción del Estado de residencia (véanse los apartados *a*), *b*) y *c*) del párrafo 1 y el párrafo 3 del artículo 29 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas) o al caso en que el Estado acreditante ha renunciado a la inmunidad (artículo 30 del proyecto precitado). Sin embargo, el ejercicio del poder judicial por el Estado recibiente puede considerarse en esos casos como útil y aun indispensable. También ha de tenerse en cuenta el hecho de que muchas legislaciones disponen, sobre todo en el caso de un primer delito, que el tribunal puede dictar una condena condicional. Por último, la condena pronunciada por un tribunal siempre puede servir al Estado de residencia como motivo para pedir el retiro del funcionario consular culpable.

17) El párrafo 3 del presente artículo, que se refiere al procedimiento penal entablado contra un funcionario consular, enuncia como regla que éste está obligado a comparecer ante las autoridades competentes. Esta expresión se refiere tanto a los procedimientos ante los tribunales ordinarios como ante otras jurisdicciones. El funcionario consular no está obligado a presentarse en persona y puede hacerse representar por su abogado. La norma que establece la primera oración del párrafo 3 queda precisada por la segunda oración del mismo párrafo en que se dispone que las diligencias se practicarán con la deferencia debida al funcionario consular por su posición oficial y, salvo el caso en que sea puesto en detención o en prisión preventiva con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, de manera de obstar lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Esta condición debe interpretarse en el sentido de que, salvo cuando el párrafo 1 admite la prisión preventiva, no podrá ejercerse ninguna medida de coacción contra un funcionario consular que se niega a comparecer ante el tribunal. Desde luego, este tribunal siempre puede recibir la deposición del funcionario consular en el domicilio o en la oficina de éste, siempre que la legislación del Estado de residencia lo permita y que sea posible hacerlo.

18) El párrafo 4 del presente artículo, a diferencia de los párrafos anteriores, no sólo comprende a los funcionarios consulares sino, también, a todos los demás miembros del consulado. Enuncia la obligación que tiene el Estado de residencia de poner en conocimiento del jefe de la oficina consular la detención o prisión preventiva de un miembro del personal consular o la instrucción de un procedimiento penal en contra suya. La obligación de informar al representante diplomático del Estado que envía, cuando las medidas mencionadas están dirigidas contra el propio jefe de la oficina, se explica tanto por la gravedad de la medida indicada, que en este caso se refiere a la persona encargada de dirigir un consulado, como por razones de orden práctico.

19) Los funcionarios consulares a que se refiere el presente artículo gozan de la inviolabilidad, dentro de los límites indicados, en cuanto penetran en el territorio del Estado de residencia para tomar posesión de su cargo. Deberán, desde luego, revelar su identidad y hacer valer su calidad de funcionarios consulares. Si ya se encuentran en el territorio del Estado de residencia en el momento de su nombramiento, gozan de inviolabilidad en cuanto se comunica su nombramiento al ministerio de relaciones exteriores o a la autoridad designada por éste (véase el artículo 51 del presente proyecto). Los funcionarios consulares gozan de la misma inviolabilidad en un tercer Estado cuando atraviesan su territorio para ir a tomar posesión de su cargo, para reintegrarse a él o para volver a su país (párrafo 1 del artículo 52).

20) Si un miembro del personal diplomático que pertenece a la misión diplomática del Estado que envía es destinado a un consulado, continúa gozando de la inviolabilidad reconocida a los agentes diplomáticos.

Artículo 41

Inmunidad de jurisdicción

Los miembros del consulado no están sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado de residencia por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

Comentario

1) A diferencia de los miembros del personal diplomático, todos los miembros del consulado están sometidos, en principio, a la jurisdicción del Estado de residencia, a menos que estén exentos en virtud de alguna de las presentes normas o de una disposición de otro acuerdo internacional aplicable en la materia. Como cualquier otra persona, están sometidos a la jurisdicción del Estado de residencia por todos los actos de su vida privada y, en particular, por toda actividad privada de carácter lucrativo que puedan ejercer. Los artículos 41 y siguientes establecen las excepciones a esta norma.

2) La norma según la cual los miembros del consulado no están sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado de residencia por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones (actos oficiales) forma parte del derecho internacional consuetudinario. Esta exención constituye una inmunidad que se reconoce al Estado que envía por aquellos actos que corresponden a un Estado soberano. Por su naturaleza, tales actos están fuera de la jurisdicción del Estado de residencia, tanto de la jurisdicción civil como de la penal o la administrativa. Dado que los actos oficiales no están sujetos a la jurisdicción del Estado de residencia, no pueden ser objeto de procedimiento penal. Por consiguiente, los funcionarios consulares gozan de una inviolabilidad absoluta en lo que se refiere a los actos oficiales.

3) Según el parecer de algunos miembros de la Comisión, debía precisarse que sólo gozan de la inmunidad

de jurisdicción los actos oficiales ejecutados dentro de los límites de las atribuciones consulares. La Comisión no pudo aceptar este parecer. En efecto, suele ser muy difícil establecer un límite preciso entre lo que es aún un acto oficial del funcionario consular que corresponde al ejercicio de las funciones consulares y lo que ya constituye un acto privado o una comunicación personal que excede esas funciones. Cualquier calificativo que se agregue a la disposición indicada permitirá cuestionar la exención de jurisdicción y podrá utilizarse en cualquier momento para debilitar la situación de un miembro del consulado.

4) Este artículo no se aplica a los miembros del consulado que son nacionales del Estado de residencia. La condición jurídica de dichos miembros se rige por el artículo 50 del presente proyecto.

Artículo 42

Obligación de comparecer como testigo

1. Los miembros del consulado están obligados a comparecer como testigos en las actuaciones judiciales o administrativas. No obstante, si rehusan comparecer no se les puede aplicar ninguna medida de coacción.

2. La autoridad que requiera el testimonio debe tomar todas las medidas prudenciales para no obstar al funcionario consular el ejercicio de sus funciones oficiales y debe disponer lo conveniente para la recepción del testimonio en el domicilio o en la oficina del funcionario, siempre que sea posible y permisible.

3. Los miembros del consulado pueden negarse a deponer sobre los hechos que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones y a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales con ellas relacionados. Tampoco en este caso la autoridad que requiera el testimonio puede tomar ninguna medida de coacción contra ellos.

Comentario

1) Contrariamente a los miembros de la misión diplomática, los cónsules y otros miembros del consulado no están exentos por el derecho internacional de la obligación de comparecer como testigos en las actuaciones judiciales y administrativas. Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en reconocer que si rehúsan comparecer no se les puede aplicar ninguna medida de coacción. Este privilegio está consagrado en muchas convenciones consulares. Por la razón indicada, la cédula de citación de la autoridad judicial o administrativa dirigida a los funcionarios consulares no debe contener amenazas de sanción penal para el caso de no comparecencia.

2) La Comisión advirtió que las convenciones consulares aplican métodos diferentes en cuanto al procedimiento para recibir el testimonio de los funcionarios consulares. Inspirándose en muchas convenciones consulares, se limitó a enunciar en el párrafo 2 del presente artículo dos reglas fundamentales a este respecto;

a) La autoridad que requiera el testimonio debe adoptar todas las medidas prudenciales para no obstar al funcionario consular el ejercicio de sus funciones oficiales;

b) Debe disponer lo conveniente para la recepción del testimonio en el domicilio o en la oficina del funcionario, siempre que sea posible y permisible.

Como se deduce de esta última condición, el testimonio de un funcionario consular no puede recibirse en su domicilio o en su oficina sino cuando la legislación del Estado de residencia lo permite. Pero incluso cuando la legislación de este Estado permite la recepción del testimonio en el domicilio o en la oficina del funcionario consular, sea por el tribunal que conoce de la causa o, a petición de éste, por otro tribunal, pueden darse casos excepcionales en los cuales la comparecencia del funcionario consular ante el tribunal sea, en opinión de éste, indispensable. Al incluir el vocablo « posible », la Comisión ha querido prevenir este caso. Cuando haya de recibirse el testimonio del funcionario consular en su domicilio o en su oficina, debe entenderse que el día y la hora para la declaración se fijarán de acuerdo entre el tribunal y el consulado al que pertenezca el funcionario de que se trate. El día para la declaración debe fijarse de manera de no dilatar inútilmente el procedimiento. Si bien la segunda regla puede considerarse como una aplicación de la primera, ésta enuncia, sin embargo, una regla general que debe aplicarse tanto al caso al que se refiere la segunda regla como a aquel en que el funcionario consular deba comparecer ante el tribunal.

3) También son muchas las convenciones consulares que reconocen el derecho de los miembros del consulado a negarse a deponer sobre los hechos que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones y a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales con ellas relacionados. El derecho a negarse a exhibir ante los tribunales la correspondencia oficial y los documentos oficiales es un corolario lógico de la inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos del consulado. Ello no obstante, el cónsul o cualquier otro miembro del consulado no deben negarse a testificar sobre hechos que hayan llegado a su conocimiento como funcionario de registro civil ni a exhibir los documentos correspondientes.

4) El presente artículo sólo se aplica a los cónsules de carrera; la excepción análoga de los cónsules honorarios es objeto de los artículos 54 y 60 del presente proyecto.

5) En virtud del artículo 50 del presente proyecto, este artículo no se aplica a los miembros del consulado que son nacionales del Estado de residencia.

Artículo 43

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

Los miembros del consulado, los miembros de su familia y su personal privado están exentos de las obligaciones prescritas por la legislación local en lo referente a inscripción de extranjeros, permiso de residencia y permiso de trabajo.

Comentario

1) De conformidad con el artículo 24 del presente proyecto, se comunica al ministerio de relaciones exteriores o a la autoridad designada por éste la llegada de

los miembros del consulado, de los miembros de su familia y del personal privado. Siguiendo la práctica de muchos países, se estima necesario eximir a dichas personas de las obligaciones que la legislación del Estado de residencia impone a los extranjeros de inscribirse en el registro de extranjeros y de pedir un permiso de residencia.

2) En muchos Estados, el ministerio de relaciones exteriores extiende a los miembros del consulado y a los miembros de su familia tarjetas especiales que les sirven de documento de identidad que certifica su calidad de miembros del consulado o de la familia de un miembro del consulado. Muchas convenciones consulares establecen también la obligación de extender estas tarjetas de identidad. La Comisión opinó que esta práctica debe difundirse y ser aceptada por todos los Estados, pero dado su carácter estrictamente técnico no creyó necesario incluir una disposición en este sentido en el presente proyecto.

3) La extensión de dicha exención al personal privado se justifica por razones de orden práctico. En efecto, no cabe que a un miembro del consulado que traiga consigo del extranjero a un miembro del personal privado se le impongan dichas obligaciones con respecto a una persona que pertenece a su casa, siendo así que él mismo y los miembros de su familia están exentos de esas obligaciones.

4) Como el nombramiento del personal consular se efectúa según lo dispuesto en el artículo 21 del presente proyecto, la exención de las obligaciones prescritas por la legislación local en lo referente a permisos de trabajo sólo puede reconocerse al miembro del consulado que desee emplear a su servicio a un nacional del Estado que envía o de un tercer Estado en un país en el cual para emplear trabajadores extranjeros haya que obtener un permiso de trabajo.

5) Por su misma naturaleza, la exención sólo puede aplicarse a los extranjeros, ya que sólo a éstos puede referirse la legislación del Estado de residencia sobre inscripción de extranjeros, permiso de residencia y permiso de trabajo. Por consiguiente, esta exención no puede aplicarse a los miembros del consulado ni a los miembros de su familia que sean nacionales del Estado de residencia.

6) El proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas no contiene un artículo que corresponda a esta disposición. La Comisión opinó que una disposición de este tipo no tiene en modo alguno la misma importancia para las relaciones e inmunidades diplomáticas que para las relaciones e inmunidades consulares, debido a los privilegios e inmunidades diplomáticas y, en especial, a la muy amplia inmunidad de jurisdicción que dicho proyecto reconoce no sólo a los agentes diplomáticos y a los miembros de su familia que viven en su casa, sino, también, a los miembros del personal administrativo y técnico de la misión diplomática y a los miembros de su familia que viven en su casa.

Artículo 44

Exención del régimen de seguridad social

1. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 3 del presente artículo, los miembros del consulado y los miembros de su familia que vivan en su casa están exentos del régimen de seguridad social en vigor en el Estado de residencia.

2. La exención prevista en el párrafo 1 del presente artículo se aplica asimismo a los miembros del personal privado que se hallen al servicio exclusivo de los miembros del consulado, siempre que :

***a*) No sean nacionales del Estado de residencia o no residan permanentemente en dicho Estado; y**

***b*) Estén protegidos por el régimen de seguridad social del Estado que envía o de un tercer Estado.**

3. Los miembros del consulado que emplean personas a las cuales no se aplica la exención prevista en el párrafo 2 del presente artículo, están sujetos a las obligaciones que la legislación de seguridad social del Estado de residencia imponga a los empleadores.

4. La exención prevista en los párrafos 1 y 2 del presente artículo no obsta la participación voluntaria en el régimen de seguridad social del Estado de residencia, siempre que lo permita la legislación de este Estado.

Comentario

1) La exención del régimen de seguridad social se justifica por razones de orden práctico. Si un miembro del consulado o un miembro de su familia dejaran de estar sometidos a las leyes de seguridad social de su país (seguro de enfermedad, jubilación por edad o por invalidez, etc.), cada vez que se les destina a un consulado diferente en otro país, como suele suceder en el curso de su carrera, y si en cada una de estas ocasiones debieran estar sometidos a una legislación diferente de la del Estado que envía, sus dificultades serían muy grandes. Por lo tanto, interesa a todos los Estados otorgar la exención prevista en este artículo de modo que los miembros del consulado continúen sometidos, sin interrupción, a la ley de seguridad social de su propio país.

2) La disposición del párrafo 1 del presente artículo no se aplica a los miembros del consulado ni a los miembros de su familia que son nacionales del Estado de residencia (artículo 50 del presente proyecto).

3) Los miembros del consulado están exentos del régimen de seguridad social como personas empleadas al servicio del Estado que envía, pero no lo están cuando emplean personas que están sometidas al régimen de seguridad social del Estado de residencia. En este caso están sujetos a las obligaciones que la legislación de seguridad social impone a los empleadores y deben pagar la parte que les corresponde de las aportaciones al seguro social.

4) Por las mismas razones que justifican que se exima del régimen de seguridad social a los miembros del consulado y a los miembros de su familia, deben estar exentos los miembros del personal privado que se hallen al servicio de los miembros del consulado. No obstante, como los miembros del personal privado pueden ser nacionales del Estado que envía que residen permanentemente en el Estado de residencia o ser nacionales de un tercer Estado que no gocen del beneficio de las leyes de seguridad social, es indispensable tener en cuenta estos casos en el párrafo 2 del presente artículo.

5) No cabe duda de que las convenciones concertadas entre los Estados pueden estipular normas diferentes sobre esta cuestión; pero se juzgó innecesario formular una reserva especial al respecto en el artículo 44, dado que el artículo 65 del presente proyecto prevé la posibilidad de que se mantengan en vigor las convenciones sobre relaciones e inmunidades consulares anteriormente concertadas y de que se concierten otras en lo futuro.

Artículo 45

Exención fiscal

1. Los miembros del consulado y los miembros de su familia, siempre que no ejerzan ninguna actividad privada lucrativa, están exentos de todos los impuestos y contribuciones, personales o reales, exigibles por el Estado de residencia o por cualquier autoridad municipal, territorial o local, salvo :

a) **Los impuestos indirectos incluidos en el precio de mercancías o de servicios;**

b) **Los impuestos y contribuciones sobre los bienes raíces privados que radiquen en el territorio del Estado de residencia, a no ser que el miembro del consulado los posea por cuenta de su gobierno para los fines del consulado;**

c) **Los impuestos sobre las sucesiones o las transmisiones exigibles por el Estado de residencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47 acera de la sucesión de un miembro del consulado o de un miembro de su familia;**

d) **Los impuestos y contribuciones sobre los ingresos personales que tengan su origen en el Estado de residencia;**

e) **Las contribuciones exigibles por determinados servicios prestados por el Estado de residencia o por los servicios públicos;**

f) **Los derechos de registro, notariales, de hipoteca y de timbre, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32.**

2. Los miembros del personal privado que se hallan al servicio exclusivo de los miembros del consulado están exentos de impuestos y contribuciones sobre los salarios que perciben en pago de sus servicios.

Comentario

1) Las convenciones consulares y otros acuerdos bilaterales concertados entre el Estado de residencia y el Estado que envía suelen reconocer la exención fiscal a los funcionarios consulares. Cuando no hay convención, esta cuestión se rige por la legislación del Estado de residencia, que condiciona siempre esta exención a que en el Estado que envía se conceda un trato recíproco a los funcionarios consulares del Estado de residencia. La importancia de las exenciones fiscales varía mucho según las legislaciones. La Comisión estimó que conviene extender a los miembros del consulado la misma exención fiscal de que gozan los miembros de las misiones diplomáticas (proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, art. 32 en relación con el art. 36). Por eso, en el artículo 45 se adopta, con algunas modificaciones de redacción, el texto del citado artículo 32.

2) Quedan excluidos del beneficio del presente artículo :

a) En virtud de una cláusula expresa del artículo, los miembros del consulado y los miembros de su familia que ejerzan una actividad privada lucrativa;

b) En virtud del artículo 50 del presente proyecto, los miembros del consulado y los miembros de su familia que sean nacionales del Estado de residencia.

3) Por regla general, las convenciones bilaterales reconocen la exención fiscal con condición de reciprocidad. Esta condición, que permite limitar la exención fiscal si la otra parte hace lo mismo, da un carácter independiente a la disposición referente a la exención fiscal. La Comisión no estimó util incluir tal cláusula en un proyecto de convención multilateral, por entender que se logrará la reciprocidad por el hecho de que la disposición de que se trata será obligatoria para todas las partes contratantes. Consideró que se lograría más rápidamente la finalidad que debe perseguir la convención multilateral, a saber, unificar la práctica de los Estados en esta materia, no incluyendo la reserva de reciprocidad.

4) Como los locales consulares gozan de la exención fiscal con arreglo al artículo 32 del presente proyecto, fue necesario dejar a salvo dicho artículo en el apartado *f*) del párrafo 1 para tener en cuenta el caso en que el cónsul o un miembro del consulado sean propietarios o arrendatarios de los locales consulares para los fines propios del consulado, y en el cual, en virtud del artículo 32, no estarán obligados a satisfacer los derechos enumerados en el apartado *f*).

5) La disposición del párrafo 2 del presente artículo, que corresponde a la primera oración del párrafo 3 del artículo 36 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, no se aplica a las personas que sean nacionales del Estado de residencia.

Artículo 46

Franquicia aduanera

El Estado de residencia, según las disposiciones de su legislación, concederá a los miembros del consulado que no ejerzan ninguna actividad privada lucrativa, la exención de los derechos de aduana y de los demás impuestos o contribuciones exigibles cuando se practica el reconocimiento, sobre los objetos destinados :

a) **Al uso del consulado del Estado que envía;**

b) **Al uso personal de los miembros del consulado y de los miembros de su familia que viven en su casa, incluidos los objetos destinados a su instalación.**

Comentario

1) Con arreglo a una práctica muy generalizada, los objetos destinados al uso de un consulado están exentos de los derechos de aduana y puede decirse que esta práctica refleja la costumbre internacional en esta materia. Por objetos destinados al uso del consulado deben entenderse los escudos, banderas, insignias, sellos y estampillas, libros, impresos oficiales para el servicio del consulado, y también el mobiliario, los enseres de oficina (archivadores, máquinas de escribir, máquinas de calcular, útiles de escritorio, etc.) y todos los demás objetos para el uso del consulado.

2) Aun cuando los miembros del consulado no gozan de franquicia aduanera en virtud del derecho internacional general, muchos acuerdos particulares les reconocen en una medida cada vez mayor la franquicia aduanera, y es un hecho la tendencia a reconocer a los miembros del consulado prerrogativas análogas a las que tienen los miembros de las misiones diplomáticas. Por eso la Comisión decidió incluir en el apartado *b*) del artículo 46 una disposición idéntica a la que figura en el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 34 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, aunque se percata de que esta exención todavía no la reconocen todos los Estados.

3) En vista de que los Estados suelen reglamentar las condiciones y modalidades de la franquicia aduanera, y en particular el término para la importación de los objetos destinados a la instalación, el término dentro del cual los objetos importados no pueden ser vendidos y las cuotas anuales de artículos de consumo, se estimó necesario incluir en el artículo la expresión « según las disposiciones de su legislación ». Tal reglamentación no es incompatible con la obligación de reconocer la franquicia aduanera, a condición de que sea de carácter general. No puede referirse a un caso particular.

4) El presente artículo no se aplica:

a) A los miembros del consulado que ejerzan una actividad privada lucrativa;

b) A los miembros del consulado que sean nacionales del Estado de residencia (artículo 50).

5) Unicamente los objetos destinados al uso personal de los miembros del consulado y de los miembros de su familia pueden ser objeto de la franquicia aduanera. Es evidente que a los objetos que importa un miembro del consulado para venderlos no puede aplicarse la exención.

Artículo 47

Sucesión de un miembro del consulado o de un miembro de su familia

En el caso de defunción de un miembro del consulado o de un miembro de su familia que no sea nacional del Estado de residencia ni haya ejercido allí ninguna actividad privada lucrativa, el Estado de residencia tiene la obligación:

***a*) De permitir la exportación de los bienes muebles del fallecido, salvo los adquiridos en el país y cuya exportación se halle prohibida en el momento de la defunción;**

***b*) De no exigir impuestos de sucesión sino sobre los bienes raíces sitos en su territorio.**

Comentario

Tal como en el caso de un miembro de una misión diplomática, la exención de los impuestos de sucesión sobre los bienes muebles de un miembro del consulado o de un miembro de su familia se justifica plenamente porque las personas de que se trata vinieron al Estado de residencia para ejercer allí una función pública a nombre del Estado que envía. Es la misma razón que justifica la exportación de los bienes muebles del fallecido, salvo los adquiridos en el país y cuya exportación se halle prohibida en el momento de la defunción. El presente artículo corresponde al párrafo 3 del artículo 38 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

Artículo 48

Exención de prestaciones personales

El Estado de residencia está obligado:

***a*) A eximir a los miembros del consulado, los miembros de su familia y los miembros del personal privado que se hallan al servicio exclusivo de los miembros del consulado, de toda prestación personal y de todo servicio público, cualquiera que sea su naturaleza;**

***b*) A eximir a las personas a que se refiere el apartado *a*) del presente artículo de las cargas militares tales como las requisiciones, las contribuciones y los alojamientos militares.**

Comentario

1) La exención prevista en el apartado *a*) del párrafo se refiere al servicio militar, el servicio en las milicias, las funciones de jurado, de juez lego, los trabajos personales ordenados por los municipios en las carreteras o en caso de calamidad pública, etc.

2) Las exenciones previstas en el presente artículo deben considerarse, por lo menos en lo que atañe a los miembros del consulado y a los miembros de su familia, como parte del derecho internacional consuetudinario. La Comisión estimó que se debían extender dichas exenciones a los miembros del personal privado que están al servicio exclusivo de los miembros del consulado, pues si estuvieran sujetos a las obligaciones enumeradas en el artículo se podría obstar considerablemente al consulado en el ejercicio de sus funciones.

3) En virtud del artículo 50 del presente proyecto, este artículo sólo se aplica a los miembros del consulado, los miembros de su familia y los miembros del personal privado que no sean nacionales del Estado de residencia.

4) Este artículo corresponde al artículo 33 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, pero se distingue de este último en que también se aplica a los miembros del personal privado por las razones ya indicadas.

Artículo 49

De la adquisición de la nacionalidad del Estado de residencia

Los miembros del consulado y los miembros de su familia que viven en su casa no adquieren la nacionalidad del Estado de residencia por el solo efecto de su legislación.

Comentario

1) El texto de este artículo, que es *mutatis mutandis* el mismo del artículo 35 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, tiene por objeto evitar que adquieran de modo automático la nacionalidad del Estado de residencia:

a) Los nacidos en el territorio de un Estado cuya legislación sobre nacionalidad se basa en el *jus soli* de

padres que son miembros del consulado pero no nacionales del Estado de residencia;

b) La mujer que es miembro del consulado y contrae matrimonio con un nacional del Estado de residencia.

2) El presente artículo no se aplica cuando la hija de un miembro del consulado que no es nacional del Estado de residencia contrae matrimonio con un nacional de dicho Estado, pues por el hecho del matrimonio abandona la casa del miembro del consulado.

3) La Convención de 29 de enero de 1957 sobre la nacionalidad de la mujer casada, concertada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, determina que la regla enunciada en este artículo pierda gran parte de su eficacia en cuanto a la adquisición de la nacionalidad del Estado de residencia por una mujer que sea miembro del consulado del Estado que envía y que contraiga matrimonio con un nacional del Estado de residencia.

Artículo 50

Miembros del consulado, miembros de su familia y miembros del personal privado que son nacionales del Estado de residencia

1. Los funcionarios consulares que son nacionales del Estado de residencia gozan de inmunidad de jurisdicción únicamente « por los actos oficiales ejecutados en el ejercicio de sus funciones ». Pueden gozar además de los privilegios e inmunidades que les conceda el Estado de residencia.

2. Los demás miembros del consulado, los miembros de su familia y los miembros del personal privado que son nacionales del Estado de residencia gozan únicamente de los privilegios e inmunidades que les conceda el Estado de residencia.

Comentario

1) El presente proyecto reconoce que el Estado que envía puede nombrar como funcionarios consulares y empleados del consulado a nacionales del Estado de residencia. En lo que se refiere a los funcionarios consulares, no puede hacerlo sin el consentimiento del Estado de residencia (artículo 11). Por lo tanto, la Comisión tuvo que definir la condición jurídica de los miembros del consulado que son nacionales del Estado de residencia.

2) Además, como los presentes artículos otorgan también ciertas inmunidades a los miembros del personal privado que se hallan al servicio de los miembros del consulado, había que aclarar si los miembros del personal privado que son nacionales del Estado de residencia gozan de esas inmunidades.

3) En lo que se refiere a los funcionarios consulares que son nacionales del Estado de residencia, el presente artículo les reconoce, en materia de privilegios e inmunidades consulares, la inmunidad de jurisdicción únicamente por los actos oficiales ejecutados en el ejercicio de sus funciones, siguiendo así la solución dada a un problema similar que se planteó al estudiar el artículo 37 del proyecto sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. Como se trata de nacionales del Estado de residencia, el presente artículo utiliza, en vez de la expresión empleada en el artículo 41, la expresión « actos oficiales » que es más restringida.

4) El reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción a los funcionarios consulares que son nacionales del Estado de residencia puede justificarse por dos razones. En primer lugar, los actos oficiales ejecutados por esos funcionarios en el ejercicio de sus funciones son actos del Estado que envía. Puede sostenerse, por lo tanto, que en este caso no se trata de una simple inmunidad personal del funcionario consular sino de una inmunidad que corresponde al Estado extranjero como tal. Por otra parte, dado que se requiere el consentimiento del Estado de residencia para nombrar funcionario consular a uno de sus nacionales (artículo 11), puede sostenerse que el consentimiento del Estado de residencia entraña el asentimiento a que dicho funcionario goce de la inmunidad mínima indispensable para ejercer sus funciones. Esta es la inmunidad de jurisdicción por los actos oficiales. Desde luego, el Estado de residencia puede reconocer voluntariamente a los funcionarios consulares otras inmunidades y prerrogativas.

5) En cuanto a los demás miembros del consulado, los miembros del personal privado y los miembros de la familia de los miembros del consulado, gozan únicamente de los privilegios e inmunidades que les reconozca el Estado de residencia. Por lo tanto, en virtud de los presentes artículos, el Estado de residencia no tiene ninguna obligación de otorgarles privilegios e inmunidades.

Artículo 51

Principio y fin de los privilegios e inmunidades consulares

1. Todo miembro del consulado goza de los privelegios e inmunidades a que se refieren los presentes artículos, en cuanto penetra en el territorio del Estado de residencia para tomar posesión de su cargo o, si se encuentra ya en ese territorio, en cuanto se comunica su nombramiento al ministerio de relaciones exteriores o a la autoridad designada por éste.

2. Las personas que forman parte de la familia y del personal privado del miembro del consulado gozan de dichos privilegios e inmunidades en cuanto penetran en el territorio del Estado de residencia, sea acompañando al miembro del consulado o sea viajando separadamente. Si se encuentran en el territorio del Estado de residencia en el momento en que entran en la familia o al servicio del miembro del consulado, gozan de los privilegios e inmunidades en cuanto su nombre se comunica al ministerio de relaciones exteriores o a la autoridad designada por éste.

3. Cuando terminan las funciones de un miembro del consulado, sus privilegios e inmunidades y también los de las personas a las que se refiere el párrafo 2 del presente artículo, cesan normalmente en cuanto salen del país o en cuanto expira el plazo prudencial que se les conceda con este objeto, pero subsisten hasta ese momento, incluso en caso de conflicto armado. Los privilegios e inmunidades de un miembro del consulado que sea destituido por el Estado que envía cesan en la fecha en que se hace efectiva la destitución. Sin embargo, la inmunidad de jurisdicción por los

actos ejecutados por los miembros del consulado en el ejercicio de sus funciones, subsiste indefinidamente.

Comentario

1) Este artículo sigue la solución que da el artículo 38 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas respecto de las personas que tienen derecho a estos privilegios e inmunidades. La Comisión estimó que es importante fijar la fecha en que principian los privilegios e inmunidades consulares y aquella en que terminan.

2) La Comisión opinó que es necesario reconocer los privilegios e inmunidades consulares a los miembros del consulado aun después de terminadas sus funciones. Los privilegios e inmunidades sólo cesan cuando las personas que gozan de ellos salen del territorio del Estado de residencia o cuando expira el plazo prudencial que se les conceda para preparar su salida.

3) Las vejaciones de que a menudo han sido objeto los funcionarios y empleados consulares cuando ha estallado un conflicto armado entre el Estado que envía y el Estado de residencia justifican que se incluya en el texto del artículo la expresión « incluso en caso de conflicto armado ».

4) En el caso de que un miembro del consulado sea destituido por el Estado que envía y, por consiguiente, pierda su calidad de funcionario o empleado consular, los privilegios e inmunidades cesan el día en que se hace efectiva la destitución. Aunque se trata de un caso excepcional, la Comisión ha querido completar en este particular el texto del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

Artículo 52

Obligaciones de los terceros Estados

1. Si un funcionario consular pasa por el territorio de un tercer Estado o se halla en él cuando va a asumir sus funciones, se reintegra a su cargo o vuelve a su país, el tercer Estado le concederá la inviolabilidad personal a que se refiere el artículo 40 y todas las demás inmunidades necesarias para facilitarle el paso o el regreso.

2. El tercer Estado concederá las facilidades necesarias a los miembros de la familia del funcionario consular sea que le acompañen o sea que viajen separadamente para reunirse con él o para regresar a su país.

3. En las circunstancias previstas en el párrafo 1 del presente artículo, los terceros Estados no deben dificultar el paso por su territorio de los demás miembros del consulado y de los miembros de su familia.

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

Comentario

1) El presente artículo no tiene por objeto resolver la cuestión de saber si un tercer Estado tiene la obligación de conceder el paso por su territorio a los funcionarios consulares y a los empleados del consulado y a sus familias. Se limita a determinar las obligaciones de los terceros Estados cuando estas personas pasan por su territorio.

2) Las obligaciones que asumen los terceros Estados en virtud de este artículo sólo se refieren a los funcionarios consulares que:

a) Pasan por su territorio o

b) Se hallan en su territorio:

i) Cuando van a asumir sus funciones o

ii) Cuando se reintegran a su cargo o

iii) Cuando vuelven a su país.

3) La Comisión propone que se reconozca a los funcionarios consulares la inviolabilidad personal de que gozan en virtud del artículo 40 del presente proyecto y las inmunidades que necesitan para su paso o su regreso. A juicio de la Comisión, en ningún caso estas prerrogativas deben ser mayores que las que les reconoce el Estado de residencia.

4) En cuanto a los miembros de la familia de los funcionarios consulares a que se refiere el párrafo anterior, el presente artículo impone a los terceros Estados la obligación de concederles las facilidades necesarias para su viaje en tránsito. En cuanto a los empleados del consulado y los miembros de su familia, los terceros Estados tienen la obligación de no dificultar su paso.

5) Las disposiciones del párrafo 4 del presente artículo, que garantizan a la correspondencia y a las comunicaciones oficiales en tránsito la misma libertad y la misma protección en el tercer Estado que en el Estado de residencia, responden al interés que tienen todos los Estados en que las relaciones consulares puedan desenvolverse sin obstáculos ni dificultades.

6) El presente artículo corresponde al artículo 39 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas y, en buena parte, sigue su ordenación.

SECCION IV. OBLIGACIONES DEL CONSULADO Y DE SUS MIEMBROS PARA CON EL ESTADO DE RESIDENCIA

Artículo 53

Respeto de las leyes y los reglamentos del Estado de residencia

1. Sin perjuicio de los privilegios e inmunidades reconocidos por los presentes artículos y por otros acuerdos internacionales aplicables en la materia, todas las personas que gozan de los privilegios e inmunidades consulares tienen la obligación de respetar las leyes y los reglamentos del Estado de residencia. Tienen asimismo la obligación de no inmiscuirse en los asuntas internos de dicho Estado.

2. Los locales consulares no deben utilizarse de manera incompatible con las funciones consulares determinadas en los presentes artículos o en otras normas de derecho internacional.

3. La norma enunciada en el párrafo 2 del presente artículo no excluye la posibilidad de instalar en los locales consulares las oficinas de otros organismos o dependencias, siempre que los locales destinados a dichas oficinas estén separados de los

que utiliza el consulado. En ese caso, dichas oficinas no se consideran, a los efectos de los presentes artículos, como parte integrante de los locales consulares.

Comentario

1) Este artículo enuncia en el párrafo 1 la norma fundamental según la cual toda persona que goza de los privilegios e inmunidades consulares tiene la obligación de respetar las leyes y los reglamentos del Estado de residencia, salvo en cuanto está eximida de su aplicación en virtud de una disposición expresa del presente proyecto o de otro acuerdo internacional aplicable en la materia. Así, por ejemplo, no se aplican a los miembros del consulado que no sean nacionales del Estado de residencia las leyes que imponen una prestación personal o las leyes de seguridad social.

2) La prohibición de inmiscuirse en los asuntos internos del Estado de residencia, enunciada en la segunda oración del párrafo 1, no debe interpretarse en el sentido de que prohibe a los miembros del consulado hacer representaciones dentro de la esfera de sus funciones, para proteger y defender los intereses de su país o de sus nacionales en conformidad con el derecho internacional.

3) La norma que se enuncia en el párrafo 2 es análoga a la del párrafo 3 del artículo 40 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. Esta disposición significa que los locales consulares no han de utilizarse más que para el ejercicio de las funciones consulares. El incumplimiento de esta obligación no deroga la regla del artículo 31 relativa a la inviolabilidad de los locales consulares. Pero, por otra parte, esta inviolabilidad no autoriza a utilizar los locales consulares de manera incompatible con los presentes artículos y otras normas de derecho internacional. Sobre todo, los locales consulares no pueden utilizarse como lugar de asilo de personas procesadas o condenadas por las autoridades locales.

4) El párrafo 3 se refiere a los casos, bastante frecuentes en la práctica, en que instalan en el edificio del consulado o en los locales del consulado las oficinas de otros organismos o dependencias.

Capítulo III. Cónsules honorarios

INTRODUCCION

1) No todas las legislaciones nacionales utilizan la expresión « cónsul honorario » en el mismo sentido. Algunas consideran como criterio decisivo que el funcionario de que se trata no perciba una remuneración por sus actividades consulares. Otras, que admiten expresamente que los cónsules de carrera pueden recibir o no un sueldo, establecen la diferencia esencial entre las dos categorías de cónsules en que unos son enviados al extranjero y los otros nombrados en el lugar. Conforme a los términos de otras reglamentaciones consulares, se considera cónsules honorarios a los agentes que no son nacionales del Estado que envía y que, aparte sus funciones oficiales, están autorizados para ejercer una actividad lucrativa en el Estado de residencia, ya la ejerzan o no la ejerzan. Por lo que respecta al reconocimiento de las inmunidades consulares, algunos Estados consideran cónsules honorarios a los representantes sea cual fuere su nacionalidad que, además de sus funciones consulares, ejercen en el Estado de residencia una actividad o profesión lucrativa. Por último, muchos Estados consideran cónsules honorarios a todos los cónsules que no son de carrera.

2) En su undécimo período de sesiones, la Comisión aprobó de modo provisional las decisiones siguientes:

« Un cónsul puede ser:

i) « Cónsul de carrera » cuando es funcionario de la administración pública del Estado que envía, recibe una remuneración y no ejerce en el Estado de residencia ninguna actividad profesional fuera de sus funciones consulares;

ii) « Cónsul honorario » cuando no recibe regularmente una remuneración del Estado que envía y está autorizado a dedicarse al comercio o ejercer una profesión lucrativa en el Estado de residencia. »

3) Sin embargo, habida cuenta de la práctica de los Estados en esta materia y de las diferentes definiciones de cónsul honorario que se dan en las legislaciones nacionales, la Comisión decidió en el actual período de sesiones omitir en el presente proyecto toda definición de cónsul honorario, limitándose a enunciar en el apartado *f*) del artículo 1 que los cónsules pueden ser cónsules de carrera o cónsules honorarios, dejando al arbitrio de los Estados la definición de esta categoría de cónsules.

Artículo 54

Condición jurídica de los cónsules honorarios

1. Las disposiciones del capitulo I de los presentes artículos se aplican a los consules honorarios.

2. En cuanto a los capítulos II y IV, son asimismo aplicables a los cónsules honorarios los artículos 29, 30, 32, 34, 35, 36, 37, 38, los párrafos 3 y 4 del artículo 40, el artículo 41, el párrafo 2 del artículo 42, el apartado *a*) del artículo 46, y los artículos 50, 51, 52 y 64.

3. En cuanto a los asuntos que son objeto de los artículos 33, 39, los párrafos 1 y 3 del artículo 42, y los artículos 43, 45, 48 y 53, se aplican a los cónsules honorarios los artículos 55 a 62.

Comentario

1) La Comisión examinó todos los artículos relativos a los privilegios e inmunidades de los cónsules de carrera y decidió que algunos de esos artículos se aplicaran también a los cónsules honorarios. Dichos artículos se enumeran en el párrafo 2 del presente artículo.

2) Es menester señalar especialmente que el artículo 50 del presente proyecto se aplica asimismo a los cónsules honorarios. De ello se deduce que los cónsules honorarios que son nacionales del Estado de residencia no gozan, conforme a los términos del presente proyecto, de más inmunidad consular que la de jurisdicción, por los actos oficiales ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

3) En cuanto a los artículos enumerados en el párrafo 3 del presente artículo, la Comisión estimó que no pueden aplicarse a los cónsules honorarios en toda su extensión; sin embargo, admitió que algunos de los derechos reconocidos por esos artículos a los cónsules de carrera

deben reconocerse también a los cónsules honorarios. En los artículos siguientes se definen las inmunidades que han de conferirse a los cónsules honorarios en los casos previstos en los artículos que se citan en el párrafo 3.

4) El Relator Especial y varios miembros de la Comisión opinan que los privilegios e inmunidades que el capítulo III confiere a los cónsules honorarios son mucho más amplios que aquellos que se les reconocen en la práctica de los Estados.

5) La Comisión decidió aplazar toda decisión acerca de si es aplicable a los cónsules honorarios el artículo 31, relativo a la inviolabilidad de los locales consulares, hasta que los gobiernos comuniquen sus observaciones a este respecto. En efecto, la Comisión carecía de información acerca de si los Estados reconocen el privilegio de la inviolabilidad a los locales utilizados por un cónsul honorario para el ejercicio de las funciones consulares y, en caso afirmativo, en qué medida lo reconocen.

Artículo 55

Inviolabilidad de los archivos consulares, de los documentos y de la correspondencia oficial del consulado

Los archivos consulares, los documentos y la correspondencia oficial del consulado que está a cargo de un cónsul honorario son inviolables y no pueden ser objeto de registro ni embargo siempre que estén separados de la correspondencia particular del cónsul honorario y de los libros y documentos que se refieran al comercio o a la actividad que ejerza.

Comentario

Los archivos, los documentos y la correspondencia oficial del cónsul honorario gozan de inviolabilidad únicamente si están separados de la correspondencia particular del cónsul honorario y de los libros y documentos que se refieran al comercio o a la actividad que ejerza. Esta condición se explica porque en la mayoría de los casos los cónsules honorarios ejercen una actividad privada lucrativa en el Estado de residencia.

Artículo 56

Protección especial

El Estado de residencia tiene la obligación de conceder al cónsul honorario la protección especial correspondiente a su posición oficial.

Comentario

La protección prevista en este artículo se refiere principalmente al caso en que la vida o la dignidad del cónsul honorario se halle en peligro por el hecho de que éste ejerce una función oficial en nombre del Estado que envía.

Artículo 57

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

El cónsul honorario y los miembros de su familia, salvo los que ejercen una actividad privada lucrativa fuera del consulado, están exentos de las obligaciones prescritas por la legislación local en lo referente a inscripción de extranjeros, permiso de residencia y permiso de trabajo.

Comentario

El presente artículo no se aplica al cónsul honorario ni a los miembros de su familia que ejerzan una actividad privada lucrativa fuera del consulado. Dada su naturaleza, esta exención no puede aplicarse a los nacionales del Estado de residencia en cuanto se refiere a la inscripción de extranjeros y a los permisos de residencia. En cuanto a la exención de las obligaciones referentes al permiso de trabajo, queda excluida la aplicación de este artículo a los nacionales del Estado de residencia en virtud del artículo 50 del presente proyecto, que se aplica asimismo a los cónsules honorarios (artículo 54, párrafo 2).

Artículo 58

Exención fiscal

El cónsul honorario está exento de impuestos y contribuciones sobre las retribuciones y los emolumentos que recibe del Estado que envía en su calidad de cónsul honorario.

Comentario

La mayoría de la Comisión estimó que es preciso incluir la disposición que contiene este artículo, aunque no corresponda a la práctica general de los Estados, a fin de evitar las dificultades que pueden resultar de gravarse los ingresos procedentes de un Estado extranjero y por tratarse de retribuciones y emolumentos abonados por un Estado extranjero. No obstante, la Comisión estimó que esta disposición no se aplica a los cónsules honorarios que son nacionales del Estado de residencia (artículo 50 en relación con el párrafo 2 del artículo 54 del presente proyecto).

Artículo 59

Exención de prestaciones personales

El Estado de residencia está obligado;

a) **A eximir a los cónsules honorarios, a los demás funcionarios consulares honorarios y a los miembros de su familia de toda prestación personal y de todo servicio público, sea cual fuere su naturaleza;**

b) **A eximir a las personas a que se refiere el apartado *a*) del presente artículo de las cargas militares tales como las requisiciones, las contribuciones y los alojamientos militares.**

Comentario

1) Conviene advertir que este artículo se refiere exclusivamente a los cónsules honorarios, a los demás funcionarios consulares honorarios y a los miembros de su familia.

2) Este artículo no se aplica a las personas que son nacionales del Estado de residencia.

Artículo 60

Obligación de comparecer como testigo

El cónsul honorario puede negarse a comparecer como testigo en las actuaciones judiciales o administrativas y a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales que obran en su poder en el caso de que se le haga ese requerimiento en relación con hechos que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones consulares. En este caso la autoridad que requiera el testimonio debe abstenerse de toda medida de coacción contra él.

Comentario

El privilegio de los cónsules honorarios es más limitado que el de los cónsules de carrera, respecto de los cuales queda excluida toda medida de coacción, incluso si se niegan a declarar acerca de un hecho que no esté relacionado con el ejercicio de sus funciones (párrafo 1 del artículo 42 del presente proyecto). Pueden negarse a comparecer como testigos y a exhibir los documentos oficiales que obren en su poder sin incurrir en las sanciones de los tribunales únicamente en el caso de que el testimonio y la correspondencia oficial guarden relación con el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el cónsul honorario, lo mismo que el cónsul de carrera (véase el párrafo 3 del comentario al artículo 40 del presente proyecto) no debe rehusarse a declarar sobre hechos de los que conoce como funcionario de registro civil ni a exhibir los documentos respectivos.

Artículo 61

Respeto de las leyes y los reglamentos del Estado de residencia

Además de la obligación prescrita en la primera cláusula del párrafo 1 del artículo 53, el cónsul honorario tiene la obligación de no prevalerse de su posición oficial en el Estado de residencia con fines de política interna o para procurar ventajas en el comercio o la actividad que ejerza.

Comentario

Dado que la mayoría de los cónsules honorarios son nacionales del Estado de residencia o al menos residen de un modo permanente en el mismo, fue necesario modificar la obligación prevista en el artículo 53 del presente proyecto, sobre todo en lo referente a la segunda cláusula del párrafo 1, a fin de tener en cuenta la situación especial de los cónsules honorarios.

Artículo 62

Precedencia

La precedencia de los cónsules honorarios, dentro de cada clase, sigue a la de los cónsules de carrera, en el orden y según las normas establecidas en el artículo 17.

Comentario

Según la información de que dispone la Comisión, esta norma se ajusta a la práctica de muchos Estados. La Comisión agradecerá a los gobiernos que le faciliten información acerca de la práctica que siguen en la materia.

Artículo 63

Carácter facultativo de la institución de los cónsules honorarios

Todo Estado puede decidir a su arbitrio si ha de nombrar o ha de recibir cónsules honorarios.

Comentario

El presente artículo, en que se tiene en cuenta la práctica de los Estados que no nombran ni aceptan cónsules honorarios, confirma la norma de que todo Estado puede decidir a su arbitrio si ha de aprovechar la institución de los cónsules honorarios.

Capítulo IV. Disposiciones generales

Artículo 64

Aplicación de los artículos sin hacer distinción entre los Estados

1. En la aplicación de los presentes artículos el Estado de residencia no hará distinción alguna entre los Estados.

2. Sin embargo, no se considerará que se hace una distinción cuando el Estado de residencia conceda, con condición de reciprocidad, privilegios e inmunidades mayores que los prescritos en los presentes artículos.

Comentario

1) El párrafo 1 enuncia una regla general que se deduce de la igualdad soberana de los Estados.

2) El párrafo 2 prevé el caso en que el Estado de residencia conceda mayores privilegios e inmunidades que los previstos en los presentes artículos. Es natural que dicho Estado pueda conceder a su arbitrio esas prerrogativas mayores con condición de reciprocidad.

3) El texto del presente artículo es análogo al del artículo 44 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, salvo en cuanto al apartado *a*) del párrafo 2 de dicho artículo. La Comisión tuvo ocasión de examinar nuevamente en el actual período de sesiones esa disposición y puso en tela de juicio la conveniencia de conservarla incluso en el proyecto sobre relaciones e inmunidades diplomáticas. Si bien no podía prever su decisión en cuanto a dicho proyecto, decidió no incluir esa disposición en el presente proyecto.

Artículo 65

Relación entre los presentes artículos y las convenciones bilaterales

(Primera versión)

La aceptación de los presentes artículos no excluye la posibilidad de que las Partes, en sus relaciones recíprocas, mantengan en vigor las convenciones bilaterales sobre relaciones e inmunidades con-

sulares anteriormente concertadas o de que concierten otras en lo futuro.

(Segunda versión)

Las disposiciones de los presentes artículos dejan a salvo las convenciones bilaterales sobre relaciones e inmunidades consulares concertadas anteriormente entre las Partes Contratantes, y no impiden que se concierten otras convenciones bilaterales en el porvenir.

Comentario

1) La Comisión decidió presentar a los gobiernos dos versiones. La primera versión se basa en la idea de que las convenciones bilaterales quedan derogadas, por el mismo hecho de la entrada en vigor de la convención consular multilateral, en las relaciones recíprocas entre las partes contratantes, salvo que estas partes decidan mantenerlas en vigor. Por consiguiente, es menester en este caso un acuerdo especial de las dos partes contratantes para mantener en vigor la convención de que se trate.

2) La segunda versión, que es la propuesta por el Relator Especial, tiende en cambio a mantener en vigor las convenciones bilaterales concertadas con anterioridad por las partes contratantes en la esfera de las relaciones e inmunidades consulares; la convención multilateral se aplicaría en este caso únicamente a las cuestiones que no estén resueltas por las convenciones bilaterales. Este texto no impide tampoco que se concierten otras convenciones bilaterales en esta materia, incluso si tales convenciones se apartan de la convención mutilateral que la Comisión prepara.

3) En los debates de la Comisión acerca del artículo 59 del proyecto presentado por el Relator Especial, algunos de los miembros de la Comisión sostuvieron que este artículo debía enunciar que el proyecto de convención contiene principios fundamentales de derecho consular que deben prevalecer sobre los acuerdos de los cuales no deben apartarse los acuerdos bilaterales posteriores.

CAPÍTULO III

DIPLOMACIA *AD HOC*

I. Observaciones generales

29. En su décimo período de sesiones, celebrado en 1958, la Comisión estudió la cuestión de las « Relaciones e inmunidades diplomáticas » y preparó sobre esta cuestión un proyecto de artículos, acompañados de un comentario[17], al que en adelante se denominará « proyecto de 1958 ».

30. En su informe, la Comisión señaló al respecto que aunque el proyecto que presentaba sólo se refería a las misiones diplomáticas permanentes, las relaciones diplomáticas también revisten otras formas que pueden designarse con la expresión « diplomacia *ad hoc* » y que comprenden los enviados itinerantes, las conferencias diplomáticas y las misiones especiales enviadas a un Estado con una finalidad determinada. La Comisión consideró que también debían estudiarse estas formas de diplomacia al efecto de determinar las normas jurídicas que las rigen y pidió al Sr. A. F. Sandström, Relator Especial del tema « Relaciones e inmunidades diplomáticas », que se ocupara en el asunto y que presentara su informe en un período de sesiones ulterior[18].

31. En su actual período de sesiones, la Comisión estudió la cuestión basándose en el informe preparado por el Relator Especial (A/CN.4/129). También el Sr. Jiménez de Aréchaga presentó a la Comisión algunas propuestas (A/CN.4/L.87) y un memorándum explicándolas (A/CN.4/L.88). Durante el debate, el Relator Especial presentó una variante de su propuesta acerca de los privilegios e inmunidades de las misiones especiales (A/CN.4/L.89).

32. Durante el examen preliminar de las diferentes formas de « diplomacia *ad hoc* » que debía estudiar, la Comisión llegó a la conclusión de que la cuestión de las « conferencias diplomáticas » tiene que ver no sólo con la de las misiones especiales sino, también, con la de las « relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales ». En gran parte estas relaciones se rigen ahora por convenciones especiales.

33. Esta correspondencia con el tema de las « relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales » vuelve difícil estudiar separadamente el tema de las « conferencias diplomáticas », por lo cual la Comisión decidió no estudiarlo por ahora.

34. Por otra parte, como según la definición de la Comisión se entiende por « enviado itinerante » el que cumple, en los Estados a los que se le envía (y en los que no está acreditado como jefe de una misión permanente), encargos diplomáticos especiales, se deduce que, con respecto a cada uno de los Estados a los que se le envía, la misión del enviado itinerante es una misión especial. En efecto, considerado en su conjunto, puede decirse que constituye una serie de misiones especiales. No se creyó que el mero hecho de que un objetivo común determine, a menudo, que no haya solución de continuidad entre estas misiones, justifique la adopción respecto del enviado itinerante de normas diferentes de las que se aplican a las misiones especiales.

35. Según el parecer de la Comisión, el proyecto de artículos sobre las misiones especiales debe seguir al proyecto de 1958 que constituirá el capítulo I, convirtiéndose el presente proyecto en capítulo II, a continuación del cual irá un capítulo III constituido por los artículos 44 y 45 del proyecto de 1958 que se aplican al texto en general.

36. Dado que, en su último período de sesiones, la Asamblea General decidió que se convoque, a más tardar en la primavera de 1961, a una conferencia internacional de plenipotenciarios en Viena para que examine el proyecto de 1958, la Comisión recomienda a la Asamblea que remita el presente texto a dicha conferencia, a fin de que pueda examinarlo. Se considera necesario este procedimiento para que los artículos del presente proyecto puedan ser incorporados en la convención que llegue a redactar la conferencia. Este procedimiento parece tanto más justificado cuanto que los artículos del nuevo proyecto no hacen más que ampliar la esfera de aplicación del proyecto de 1958.

[17] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimotercer período de sesiones, Suplemento No.* 9 (A/3859), capítulo III.

[18] *Ibid.*, párr. 51.

37. Ello no obstante, la Comisión desea advertir que, dado el tiempo que tuvo que consagrar en el actual período de sesiones a la elaboración de su primer proyecto sobre las relaciones e inmunidades consulares, no pudo estudiar el tema de la diplomacia *ad hoc* con la prolijidad que normalmente lo hubiera hecho. En consecuencia, estos artículos y su comentario deben considerarse como un examen preliminar efectuado por la Comisión con el propósito principal de exponer ciertas ideas y sugestiones que podrían tenerse en cuenta en la conferencia de Viena.

38. A continuación se reproducen el texto del proyecto de artículos sobre las misiones diplomáticas especiales, aprobado por la Comisión, y también sus comentarios.

II. Proyecto de artículos 1 a 3 relativos a las misiones especiales, y comentario

Artículo 1

Definiciones

1. Por « misión especial » se entiende una misión oficial de representantes de Estado enviada por un Estado a otro Estado para cumplir un encargo especial. Se entiende asimismo la misión de un enviado itinerante que cumple encargos especiales en los Estados a los que se le envía.

2. Por « proyecto de 1958 » se entiende el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1958.

Artículo 2

Aplicatión del título I del proyecto de 1958

De las disposiciones del título I del proyecto de 1958, sólo los articulos 8, 9 y 18 se aplican a las misiones especiales.

Comentario

1) Teniendo en cuenta la similitud entre las actividades de las dos misiones, es natural que las normas que rigen a las misiones permanentes se apliquen también en gran parte a las misiones especiales.

2) Si bien esto es cierto especialmente en cuanto a las disposiciones relativas a los privilegios e inmunidades que se basan en las necesidades propias de esas funciones, no es menos cierto que, en algunos aspectos, la similitud señalada debe determinar se apliquen por analogía a las misiones especiales algunas de las normas que se aplican a las misiones permanentes con arreglo al título I del proyecto de 1958.

3) No hay que olvidar, sin embargo, que estas normas fueron concebidas y redactadas para su aplicación a las misiones permanentes que tienen características propias, en partícular su permanencia, su función de garantizar el mantenimiento continuo de relaciones diplomáticas entre los Estados, y la presencia en una capital de varias misiones de la misma índole. Además, la naturaleza y la composición de las misiones especiales pueden ser muy diversas, y por ello es difícil someterlas a una reglamentación uniforme, tan rígida como la de las misiones permanentes.

4) Del examen de los diversos artículos del título I del proyecto de 1958 se concluyó que sólo los artículos 8, 9 y 18 son en general aplicables tanto a las misiones especiales como a las misiones permanentes.

5) No debe deducirse de la reglamentación propuesta que, aparte las disposiciones mencionadas en el artículo 2, no pueden presentarse casos en los que hayan de aplicarse algunos de los principios enunciados en los artículos del título I del proyecto de 1958; pero dada la diversidad de las misiones especiales, la Comisión no estimó oportuno someterlas a una reglamentación excesivamente rígida. Los Estados pueden fácilmente resolver estas cuestiones cuando discutan el envío de la misión o cuando se presente la necesidad, basándose para ello, cuando proceda, en las normas aplicables a las misiones permanentes.

6) En cuanto a las cuestiones de precedencia y protocolo, no será difícil resolverlas basándose, cuando proceda, en esos mismos artículos.

Artículo 3

Aplicación de los títulos II, III y IV del proyecto de 1958

1. Las disposiciones de los títulos II, III y IV se aplican asimismo a una misión especial.

2. Además de los casos a que se refiere el artículo 41 del proyecto de 1958, las funciones de una misión especial terminan una vez cumplido el encargo que se le ha encomendado.

Comentario

1) Del examen de cada uno de los artículos de los títulos II, III y IV del proyecto, aunque se refieren sobre todo, directa o indirectamente, a los privilegios e inmunidades diplomáticos, se deduce, a juicio de la Comisión, que no cabe excluir a las misiones especiales de la aplicación de ninguno de esos artículos, aunque las disposiciones de algunos de esos artículos sólo pueden aplicarse a dichas misiones en circunstancias excepcionales.

2) La única modificación necesaria consiste en señalar que, además de los casos a que se refiere el artículo 41, las funciones de una misión especial terminan una vez cumplido el encargo que se le ha encomendado.

CAPITULO IV

OTRAS DECISIONES DE LA COMISION

I. Codificación de los principios y normas de derecho internacional relativos al derecho de asilo

39. La resolución 1400 (XIV) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1959, referente a la codificación de los principios y normas de derecho internacional relativos al derecho de asilo, fue incluida en el programa de la Comisión para el actual período de sesiones. La Comisión tomó nota de dicha resolución y decidió aplazar el estudio de esta cuestión hasta un próximo período de sesiones.

II. Estudio del régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas

40. La resolución 1453 (XIV) de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1959, sobre el estudio del régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas, fue incluida en el programa de la Comisión para el actual período de sesiones y examinada por la Comisión. La Comisión pidió a la Secretaría que emprendiera un estudio del régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas, y ampliara el alcance del estudio preliminar bosquejado en el párrafo 8 del memorándum sobre las bahías históricas, preparado por la Secretaría [19] para la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La Comisión decidió aplazar para otro período de sesiones el examen de este tema.

II. Preparación del plan de trabajo de la Comisión

41. La Comisión decidió concluir en su decimotercer período de sesiones su labor sobre relaciones e inmunidades consulares y, seguidamente, ocuparse en el tema de la responsabilidad del Estado.

IV. Colaboración con otros organismos

42. La Comisión tomó nota del informe del Secretario de la Comisión (A/CN.4/124) sobre la labor realizada en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrada en Santiago de Chile del 24 de agosto al 9 de septiembre de 1959, a la cual asistió en calidad de observador.

43. La Comisión se informó también de una carta del Secretario del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano, por la que se invita a la Comisión a enviar un observador a la cuarta reunión del Comité que ha de celebrarse en Tokio en marzo de 1961. La Comisión tomó nota de que la responsabilidad del Estado es uno de los temas incluidos en el programa de dicha reunión del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano, tema que también examinará la Comisión en su próximo período de sesiones. La Comisión decidió designar a su Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad del Estado, Sr. F. V. García Amador, como observador en la cuarta reunión del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano.

44. La Comisión desea también referirse a este respecto a la reseña que figura en el capítulo I del presente informe (véase el párrafo 7) de las exposiciones hechas en el actual período de sesiones de la Comisión por el Sr. Antonio Gómez Robledo, observador del Comité Jurídico Interamericano y por el profesor Louis B. Sohn, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

45. La Comisión decidió pedir a la Secretaría que, en lo posible, proporcione a los miembros los documentos de las organizaciones intergubernamentales con las cuales mantiene una relación de carácter consultivo.

V. Fecha y lugar del próximo período de sesiones

46. La Secretaría informó a la Comisión que se ha previsto que el próximo período de sesiones de la Comisión se celebre del 24 de abril al 30 de junio de 1961. Pero la Comisión advirtió que, como se ha decidido convocar a una conferencia de plenipotenciarios en Viena sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, del 2 de marzo al 14 de abril de 1961, pueden presentarse dificultades de orden práctico para que el período de sesiones de la Comisión comience el 24 de abril. Por consiguiente, a fin de que haya un intervalo prudencial entre el término de la conferencia de Viena y el comienzo del próximo período de sesiones de la Comisión, se decidió, después de consultar con el Secretario General, aplazar por una semana las fechas normales de apertura y clausura previstas y que el 13.º período de sesiones de la Comisión se celebre en Ginebra de 11.º de mayo al 7 de julio de 1961.

VI. Representación en el decimoquinto período de sesiones de la Asamblea General

47. La Comisión decidió que su Presidente, Sr. Luis Padilla Nervo, la represente con fines de consulta en el decimoquinto período de sesiones de la Asamblea General.

[19] Véase *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Documentos oficiales*, Volumen I (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: 58.V.4., Vol. I), A/CONF. 13/1.

LISTA DE LOS DOCUMENTOS DE LA COMISION MENCIONADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

Signatura del documento	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/96	Responsabilidad de los Estados — Responsabilidad internacional: informe de F. V. García Amador, Relator Especial	Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II
A/CN.4/106	Responsabilidad de los Estados — Responsabilidad internacional: segundo informe de F. V. García Amador, Relator Especial	*Ibid., 1957*, vol. II
A/CN.4/108	Relaciones e inmunidades consulares: informe de Jaroslav Zourek, Relator Especial	*Ibid.*
A/CN.4/111	Responsabilidad de los Estados — Responsabilidad internacional: tercer informe de F. V. García Amador, Relator Especial	*Ibid., 1958*, vol. II
A/CN.4/119	Responsabilidad de los Estados — Responsabilidad internacional: cuarto informe de F. V. García Amador, Relator Especial	*Ibid., 1959*, vol. II
A/CN.4/120	El derecho de los tratados — Efectos de los tratados: cuarto informe de G. G. Fitzmaurice, Relator Especial	Mimeografiado

DEPOSITARIOS DE LAS PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

ALEMANIA
R. Eisenschmidt, Schwanthaler Strasse 59, Frankfurt/Main.
Elwert und Meurer, Hauptstrasse 101, Berlin-Schöneberg.
Alexander Horn, Spiegelgasse 9, Wiesboden.
W. E. Saarbach, Gertrudenstrasse 30, Köln (1).

ARGENTINA
Editorial Sudamericana, S.A., Alsina 500, Buenos Aires.

AUSTRALIA
Melbourne University Press, 369 Lonsdale Street, Melbourne C. I.

AUSTRIA
Gerold & Co., Graben 31, Wien, 1.
B. Wüllerstorff, Markus Sittikusstrasse 10, Salzburg.

BELGICA
Agence et Messageries de la Presse, S.A., 14-22, rue du Persil, Bruxelles.

BIRMANIA
Curator, Govt. Book Depot, Rangoon.

BOLIVIA
Librería Selecciones, Casilla 972, La Paz.

BRASIL
Livraria Agir, Rua México 98-B, Caixa Postal 3291, Rio de Janeiro.

CAMBOYA
Entreprise khmère de librairie, Imprimerie & Papeterie Sarl, Phnom-Penh.

CANADA
The Queen's Printer, Ottowa, Ontario.

CEILAN
Lake House Bookshop, Assoc. Newspapers of Ceylon, P.O. Box 244, Colombo.

COLOMBIA
Librería Buchholz, Av. Jiménez de Quesada 8-40, Bogotá.

COREA
Eul-Yoo Publishing Co., Ltd., 5, 2-KA, Chongno, Seoul.

COSTA RICA
Imprenta y Librería Trejos, Apartado 1313, San José.

CUBA
La Casa Belga, O'Reilly 455, La Habana.

CHECOESLOVAQUIA
Československý Spisavatel, Národní Třída 9, Praha 1.

CHILE
Editorial del Pacífico, Ahumada 57, Santiago.
Librería Ivens, Casilla 205, Santiago.

CHINA
The World Book Co., Ltd., 99 Chung King Road, 1st Section, Taipeh, Taiwan.
The Commercial Press, Ltd., 211 Honan Rd., Shanghai.

DINAMARCA
Ejnar Munksgaard, Ltd., Nørregade 6, København, K.

ECUADOR
Librería Científica, Casilla 362, Guayaquil.

EL SALVADOR
Manuel Navas y Cía., 1a. Avenida sur 37, San Salvador.

ESPAÑA
Librería Bosch, 11 Ronda Universidad, Barcelona.
Librería Mundi-Prensa, Castello 37, Madrid.

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA
Sales Section, Publishing Service, United Nations, New York.

ETIOPIA
International Press Agency, P.O. Box 120, Addis Ababa.

FILIPINAS
Alemar's Book Store, 769 Rizal Avenue, Manila.

FINLANDIA
Akateeminen Kirjakauppa, 2 Keskuskatu, Helsinki.

FRANCIA
Editions A. Pédone, 13, rue Soufflot, Paris (V°).

GHANA
University Bookshop, University College of Ghana, Legon, Accra.

GRECIA
Kauffmann Bookshop, 28 Stadion Street, Athènes.

GUATEMALA
Sociedad Económico-Financiera, 6a. Av. 14-33, Ciudad de Guatemala.

HAITI
Librairie "A la Caravelle", Port-au-Prince.

HONDURAS
Librería Panamericana, Tegucigalpa.

HONG KONG
The Swindon Book Co., 25 Nathan Road, Kowloon.

INDIA
Orient Longmans, Calcutta, Bombay, Madras, New Delhi y Hyderabad.
Oxford Book & Stationery Co., New Delhi y Calcutta.
P. Varadachary & Co., Modras.

INDONESIA
Pembangunan, Ltd., Gunung Sahari 84, Djakarta.

IRAK
Mackenzie's Bookshop, Boghdad.

IRAN
Guity, 482 Ferdowsi Avenue, Teheran.

IRLANDA
Stationery Office, Dublin.

ISLANDIA
Bokaverzlun Sigfusar Eymundssonar H. F., Austurstraeti 18, Reykjavik.

ISRAEL
Blumstein's Bookstores, 35 Allenby Rd. y 48 Nachlat Benjomin St., Tel Aviv.

ITALIA
Libreria Commissionaria Sansoni, Via Gino Capponi, 26, Firenze, y Via D. A. Azuni, 15/A, Roma.

JAPON
Maruzen Company, Ltd., 6 Tori-Nichome, Nihonbashi, Tokyo.

JORDANIA
Joseph I. Bahous & Co., Dar-ul-Kutub, Box 66, Amman.

LIBANO
Khayat's College Book Cooperative, 92-94, rue Bliss, Beirut.

LUXEMBURGO
Librairie J. Trausch-Schummer, place du Théâtre, Luxembourg.

MARRUECOS
Centre de diffusion documentaire du B.E.P.I., B, rue Michaux-Bellaire, Rabat.

MEXICO
Editorial Hermes, S.A., Ignacio Mariscal 41, México, D.F.

NORUEGA
Johan Grundt Tanum Forlag, Kr. Augustsgt. 7A, Oslo.

NUEVA ZELANDIA
United Nations Association of New Zealand, C.P.O. 1011, Wellington.

PAISES BAJOS
N.V. Martinus Nijhoff, Lange Voorhout 9, 's-Gravenhage.

PAKISTAN
The Pakistan Co-operative Book Society, Dacca, East Pakistan.
Publishers United, Ltd., Lahore.
Thomas & Thomas, Karachi.

PANAMA
José Menéndez, Agencia Internacional de Publicaciones, Apartado 2052, Av. 8A, sur 21-58, Panamá.

PARAGUAY
Agencia de Librerías de Salvador Nizza, Calle Pte. Franco No. 39-43, Asunción.

PERU
Librería Internacional del Perú, S.A., Casilla 1417, Lima.

PORTUGAL
Livraria Rodrigues, 186 Rua Aurea, Lisboa.

REINO UNIDO
H. M. Stationery Office, P.O. Box 569, London, S.E. 1. (y sucursales de HMSO en Belfast, Birmingham, Bristol, Cardiff, Edinburgh y Manchester).

REPUBLICA ARABE UNIDA
Librairie "La Renaissance d'Egypte", 9 Sh. Adly Pasha, Le Caire.

REPUBLICA DOMINICANA
Librería Dominicana, Mercedes 49, Ciudad Trujillo.

SINGAPUR
The City Book Store, Ltd., Collyer Quay.

SUECIA
C. E. Fritze's Kungl. Hovbokhandel A-B, Fredsgatan 2, Stockholm.

SUIZA
Librairie Payot, S.A., Lousanne, Genève.
Hans Raunhardt, Kirchgasse 17, Zürich 1

TAILANDIA
Pramuan Mit, Ltd., 55 Chakrawat Road, Wat Tuk, Bongkok.

TURQUIA
Librairie Hachette, 469 Istiklal Caddesi, Beyoglu, Istanbul.

UNION DE REPUBLICAS SOCIALISTAS SOVIETICAS
Mezhdunarodnaya Knyiga, Smolenskaya Ploshchad, Moskvo.

UNION SUDAFRICANA
Van Schaik's Bookstore (Pty.), Ltd., Church Street, Box 724, Pretoria.

URUGUAY
Representación de Editoriales, Prof. H. D'Elía, Plaza Cagancha 1342, 1° piso, Montevideo.

VENEZUELA
Librería del Este, Av. Miranda No. 52, Edf. Galipán, Caracas.

VIET-NAM
Librairie-Papeterie Xuân Thu, 185, rue Tu-Do, B. P. 283, Saïgon.

YUGOESLAVIA
Cankarjeva Založba, Ljubljana, Slovenio.
Državno Preduzeće, Jugoslovenska Knjiga, Terazije 27/11, Beograd.
Prosvjeta, 5, Trg Bratstva i Jedinstva, Zagreb. [61S1]

En aquellos países donde aún no se han designado depositarios los pedidos o consultas deben dirigirse a: Sección de Ventas, Servicio de Publicaciones, Naciones Unidas, Nueva York (EE.UU. de A.); o Sección de Ventas, Oficina de las Naciones Unidas, Palacio de las Naciones, Ginebra (Suiza).

Printed in France
09468—Oct. 1961—400

Price: $U.S. 2.00; 14/- stg.; Sw. fr. 8.50 (or equivalent in other currencies)

United Nations publication
Sales No.: 60.V.1.VolII.
A/CN.4/Ser. A/1960/Add. 1